Neues Parteivorbringen in der Revisionsinstanz des Zivilprozesses

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Peter Schmid
aus Goslar

Göttingen 1974

Neues Parteivorbringen in der Revisionsinstanz des Zivilprozesses

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Peter Schmid
aus Goslar

Göttingen 1974

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Berichterstatter: Prof. Dr. W. Henckel

Mitberichterstatter: Prof. Dr. M. L. Hilger

Tag der mündlichen Prüfung: 5. Juli 1974

Inhaltsverzeichnis

1. Teil: Einleitung

I. Einführung in das Thema und die Ziele der Untersuchung

1. Das revisionsrechtliche Novenverbot . . . 1
2. Die Durchbrechung des § 561 Abs. 1 ZPO als Anlaß der Untersuchung 2
3. Bedürfnisse für die Einschränkung des § 561 Abs. 1 ZPO 3
4. Bedenken gegenüber Argumenten der Prozeßwirtschaftlichkeit und Billigkeit 5
5. Lösungsweg und Ziele der Untersuchung . . . 7

II. Das durch § 561 Abs. 1 ZPO in der Revisionsinstanz ausgeschlossene Parteivorbringen

1. Bedürfnis nach inhaltlicher Eingrenzung des ausgeschlossenen Parteivorbringens . . 10
2. § 561 Abs. 1 ZPO als Verbot neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel 12
3. § 561 Abs. 1 ZPO als Verbot neuer Tatsachen und Beweismittel 14
   a) Der Begriff "nova" im überlieferten Sinn 14
   b) Insbesondere neue Beweismittel als Gegenstand des Novenverbots 15
   c) Bedenken gegen eine generelle Erstreckung des § 561 Abs. 1 ZPO auf neue Tatsachen und Beweismittel 18
   d) Weitere inhaltliche Eingrenzung durch die z. Z. der letzten Berufungsverhandlung erforderlichen Urteilserlaßvoraussetzungen 18
4. Zusammenfassung und Überprüfung des Ergebnisses 22
5. Antragsänderungen und Novenverbot 24

2. Teil: Rechtsprechung und Literatur zu neuem Vorbringen in der Revisionsinstanz

I. Materiell - rechtlich erhebliche Noven

1. Veränderungen bei gewerblichen Schutzrechten 27
   a) Fallgruppen in der Rechtsprechung . . . 27

b) Begründungen der Rechtsprechung für die Novenzulassung 32
c) Kritik 34
d) Stellungnahmen in der Literatur 38
2. Der Eintritt eines Kalenderdatums 40
a) Behandlung in der Rechtsprechung 40
b) Kritik der Rechtsprechung 45
c) Literatur 47
3. Die Erteilung von Devisengenehmigungen 48
4. Fälle aus dem Geselschaftsrecht 52
a) Die Entscheidung BGHZ 18, 350 ff. 52
b) Die Entscheidung BGH LM Nr. 6 zu § 142 HGB 55
5. Neues Vorbringen bei Gesetzesänderungen während des Revisionsverfahrens 56
6. Zusammenfassung 64

II. Neues Vorbringen zu den von Amts wegen zu prüfenden Zulässigkeitsvoraussetzungen
1. Eigene Beweisaufnahme und -würdigung durch das Revisionsgericht 65
2. Die Berücksichtigung neuer Tatsachen in der Rechtsprechung 69
a) Prozeßvoraussetzungen 69
aa) Prozeßfähigkeit und ordnungsgemäße gesetzliche Vertretung 69
bb) Prozeßführungsbefugnis 71
cc) Zulässigkeit des Rechtswegs 75
dd) Zuständigkeit 76
ee) Feststellungsinteresse 80
b) Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen . . 85
3. Stellungnahmen in der Literatur 86
a) Generelle Stellungnahmen 86
b) Die Ansichten über den für das Vorliegen der Prozeßvoraussetzungen maßgebenden Zeitpunkt 89
aa) Letzte mündliche Berufungsverhandlung 90
bb) Letzte Revisionsverhandlung 93

4. Zusammenfassung 98

III. Wiederaufnahmegründe im Revisionsverfahren
1. Der Stand der Rechtsprechung 101
a) Darstellung der Entscheidungen 101
b) Kritik 105
2. Literaturstimmen 109

IV. Die Zulassung nichtbeweisbedürftiger Noven
1. Begründungen in der Literatur 111
2. Die Tragfähigkeit der Argumentation 112
a) Herstellung der Rechtseinheit durch das Revisionsgericht 113
b) Gefährdung der Rechtseinheit durch Novenzulassung 116
c) Nichtbeweisbedürftige Noven und Rechtseinheit 120
d) Die Notwendigkeit umfassender Prüfung der Zwecke des Novenverbots 121

3. Teil: Wertungsgrundlagen und Zwecke des Novenverbots
I. Das Rangverhältnis der Revisionszwecke und seine Bedeutung für die Arbeit
1. Der Streit über die Frage des Vorrangs 124
2. Die Bedeutung des Streits für die Auslegung des § 561 Abs. 1 ZPO 126
3. Das Vorgehen bei der Ermittlung der Zwecke des § 561 Abs. 1 ZPO 128

II. Interessen an der Durchführung eines drittinstanzlichen Verfahrens und die Voraussetzungen für ihre Wahrnehmung
A. Allgemeine Interessen
1. Das Bedürfnis nach Bewahrung der Rechtseinheit und nach Fortbildung des Rechts 129
2. Das Interesse an Verfahrenskontrolle der Berufungsinstanz 130

B. Parteiinteressen an erhöhter Richtigkeitsgewähr der Revisionsentscheidung 131
1. Die Richtigkeitsvermutung richterlicher Entscheidungen 134

a) Die richtige Entscheidung als Verfahrensziel 134
b) Außerprozessuale und prozessuale Richtigkeit 136
c) Die Legitimation prozessualer oder relativer Richtigkeit 138
2. Die Widerlegung und Verstärkung der Richtigkeitsvermutung im Instanzenzug 140
a) Die Beseitigung der Richtigkeitsvermutung durch die Rechtsmittelentscheidung 140
b) Steigerung der Richtigkeitsgewähr 143
aa) Bei Zurückweisung des Rechtsmittels . 143
bb) Bei Erfolg des Rechtsmittels 144
3. Der zeitliche Bezugspunkt für die Richtigkeitsprüfung in der Rechtsmittelinstanz 146
a) Der maßgebende Zeitpunkt in der Berufungsinstanz 147
b) Der relevante Zeitpunkt im Revisionsverfahren 147
aa) Die Entwicklung von der subjektiven zur objektiven Theorie 147
bb) Die Bedeutung der Entwicklung für das Verständnis des Novenverbots 150
4. Bedürfnisse nach Verbesserung der Berufungsentscheidungen 152
a) Verfahrenskontrolle 155
b) Rechtsanwendung 156
c) Tatfragen 158
aa) Erneute Würdigung des bisherigen Prozeßstoffs 158
bb) Ergänzung des Tatbestands durch Alttatsachen 159
cc) Einführung von Neutatsachen 161

C. Anforderungen an die Qualifikation des Revisionsgerichts
1. Verfahrenskontrolle und Berücksichtigung neuer Tatsachen 162

2. Entscheidung grundsätzlicher Rechtsfragen . . . 163

D. Zusammenfassung 164

III. Das Verhältnis der Interessen zueinander und ihre Bewertung im Gesetz

1. Konflikte bei umfassender Verfahrenskontrolle und/oder Novenzulassung 167
   a) Gefahren für die Rechtseinheit 167
   b) Konsequenzen für die erhöhte Richtigkeitsgewähr der Revisionsentscheidungen in Rechtsfragen 168
   c) Die Interessenlage 169
2. Die Berücksichtigung der Interessen im geltenden Revisionsrecht 170
3. Die dem Novenverbot zugrunde liegenden Wertungen und ihre Berechtigung 173
   a) Grundsatz 173
   b) Der zeitweilige Ausschluß von Neutatsachen 174
   c) Die endgültige Präklusion von Alttatsachen 175
   d) Die Behandlung von Wiederaufnahmegründen . . 177

IV. Zusammenfassung: Die Zwecke des Novenverbots

1. Garantie erhöhter Richtigkeit der Revisionsentscheidungen in Rechtsfragen 179
2. Effektivitätsgarantie 180
3. Herstellung der Rechtseinheit 180
4. Herstellung des Rechtsfriedens 181
5. Schutz bereits erstrittener Rechtspositionen . 181

4. Teil: Möglichkeiten einer Einschränkung des Novenverbots

I. Allgemeine Voraussetzungen 182

II. Zulässige Einschränkungen im materiell-rechtlichen Bereich und bei den Wiederaufnahmegründen

1. Nichtbeweisbedürftige Tatsachen 183
2. Durch die volle Beweiskraft vorgelegter Urkunden bewiesene Tatsachen 186
3. Ergebnis 189

III. Besonderheiten bei den von Amts wegen zu prüfenden prozessualen Urteilserlaßvoraussetzungen 190
1. Nichtbeweisbedürftigkeit und Amtsprüfung . . . 191
2. Die Bedeutung der Lehre vom Freibeweis für die Zulässigkeit beweisbedürftiger Tatsachen . . . 194
3. Die Erforderlichkeit weiterer Ausnahmen vom Novenverbot bei den einzelnen Prozeßvoraussetzungen . 196
a) Folgerungen aus allgemeinen Grundgedanken der Prozeßvoraussetzungen 196
b) Das Gebot, den Wegfall einer Prozeßvoraussetzung als Unterbrechungs- bzw. Aussetzungsgrund zu berücksichtigen 200
c) Die Notwendigkeit erweiterter Novenzulassung bei den einzelnen Prozeßvoraussetzungen . . . 205
aa) Prozeßführungsbefugnis 205
bb) Rechtsschutzbedürfnis 208
cc) Parteifähigkeit 210
dd) Prozeßfähigkeit 216
ee) Zulässigkeit des Rechtswegs 219
ff) Rechtskräftige Entscheidung und anderweitige Rechtshängigkeit 220
gg) Zuständigkeit 221
4. Ergebnisse . . . . . 224 a
a) Neue Tatsachen zum ursprünglichen Vorliegen oder späteren Eintritt einer Prozeßvoraussetzung . . . . . 224 a
b) Noven zum anfänglichen Fehlen oder späteren Wegfall einer Prozeßvoraussetzung . . . . . 224 a

IV. Gesamtergebnis der Untersuchung 225

V. Die Rechtsprechungsergebnisse im Vergleich zu den Ergebnissen der Untersuchung
1. Die Rechtsprechung zu materiell-rechtlich erheblichen Noven 227
2. Die Rechtsprechung zu den von Amts wegen zu prüfenden Zulässigkeitsvoraussetzungen 227
3. Die Rechtsprechung zu den Wiederaufnahmegründen 230

Literaturverzeichnis 232

1. Teil:

Einleitung

I. Einführung in das Thema und die Ziele der Untersuchung

1. Das revisionsrechtliche Novenverbot

In der dritten Instanz unseres Zivilprozesses können die Parteien neuen Prozeßstoff nur dann einführen, wenn sie die Verletzung eines Gesetzes in bezug auf das Verfahren rügen; gemäß § 554 Abs. 3 Z. 2 b)[1] müssen sie zur Begründung einer Verfahrensrüge die Tatsachen angeben, die "den Mangel ergeben". Soweit aber die Revision auf die Verletzung sonstiger Rechtsnormen gestützt wird, unterliegt nach dem Wortlaut des § 561 Abs. 1 S. 1 nur dasjenige Parteivorbringen der Beurteilung des Revisionsgerichts, das aus dem Tatbestand des Berufungsurteils oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist. Gelegenheit zu neuem Vortrag ist den Parteien also nur bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht[2] gegeben; auf späteres Vorbringen können sie ihre Angriffe gegen die Rechtsanwendung durch das Berufungsgericht nicht stützen. Ferner sind ihnen gemäß § 561 Abs. 2 Revisionsangriffe gegen die verfahrensfehlerfrei getroffenen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz verwehrt.

Das Recht, in einem bestimmten Verfahrensabschnitt noch neues Vorbringen in den Prozeß einzuführen, wird "Novenrecht" genannt, das entsprechende Verbot ist das "Novenverbot"[3].

---

1) Vorschriften ohne Gesetzesangabe sind solche der ZPO
2) Von dem Sonderfall der Sprungrevision (§ 566 a) - für den im Hinblick auf unser Thema nichts Besonderes gilt - wird hier wie im folgenden abgesehen
3) S. z. B. den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der ZPO, Bundestags-Drucksache VI/790, S. 29; Baumgärtel, Festschrift für Reinhardt, S. 37; Blomeyer, § 103, III, 4; Henckel, Prozeßrecht, S. 112; Mattern, JZ 1963, S. 649; Zeiß, § 82, VII, 3.

2. Die Durchbrechung des § 561 Abs. 1 in der Rechtsprechung als Anlaß der Untersuchung

Angesichts der klaren gesetzlichen Regelung mag zunächst die Feststellung überraschen, daß in der Rechtsprechung der Revisionsgerichte verhältnismäßig zahlreiche Ausnahmen von dem ein Novenverbot aussprechenden Grundsatz des § 561 Abs. 1 zugelassen worden sind, daß also neues Vorbringen der Parteien im dritten Rechtszug berücksichtigt worden ist.

So hält sich die ständige Rechtsprechung des RG und des BGH im Bereich der von Amts wegen zu prüfenden Zulässigkeitsvoraussetzungen, insbesondere der Prozeßvoraussetzungen, nicht an die Feststellungen des Berufungsgerichts für gebunden; die Revisionsgerichte sind nach ihrer Ansicht in diesem Bereich verpflichtet, alle - auch neu vorgetragene - Umstände von Amts wegen zu berücksichtigen und auch selbst hierüber Feststellungen zu treffen[1].

Ebenfalls in ständiger Rechtsprechung lassen RG und BGH neues Vorbringen auf dem Gebiet der gewerblichen Schutzrechte zu: Treten nach der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz Veränderungen des dem Rechtsstreit zugrundeliegenden Patents oder Gebrauchsmusters ein (z. B. Versagung, Vernichtung, Beschränkung des Schutzrechts), so kann dies nach der Rechtsprechung noch im Revisionsverfahren geltend gemacht werden und ist dann bei der Entscheidung zu berücksichtigen[2].

Neben diesen beiden dem Umfang nach bedeutendsten Fallgruppen stehen weitere Entscheidungen, die materiell-rechtlich erheblichen Neuvortrag berücksichtigt haben; so wurden z. B. - mit wechselnder Begrenzung - Wiederaufnahmegründe im noch vor dem Revisionsgericht anhängigen Verfahren behandelt[3], desgleichen wurden der Eintritt der Fälligkeit von Forderungen[4] und die Erteilung von Devisengeneh-

---

1) S. dazu unten S. 65 ff.
2) Unten S. 101 ff.
3) Unten S. 27 ff.
4) Unten S. 40 ff.

migungen während des Revisionsverfahrens[1] beachtet.

Diese Rechtsprechung gibt Anlaß für die vorliegende Untersuchung: Die einschlägigen Entscheidungen sollen zusammengestellt und daraufhin geprüft werden, ob ihre Begründungen - oder die etwa in der Literatur anzutreffenden Argumente - für die ausnahmsweise Zulassung neuen Vorbringens die Entscheidungen zu tragen vermögen, und ob sich daraus ein allgemeiner Grundsatz für eine Einschränkung des § 561 Abs. 1 gewinnen läßt.

3. Bedürfnisse für die Einschränkung des § 561 Abs. 1

Mattern, der der Frage nach der Zulässigkeit neuen Vorbringens in der Revisionsinstanz bisher als einziger eine gesonderte Abhandlung gewidmet hat[2], sieht[3] Ursachen für die Rechtsprechung, die sich über die gesetzliche Vorschrift des § 561 Abs. 1 hinwegsetzt, einmal in der "Neigung unserer Zeit[4]..., starren Rechtsprinzipien, auch wenn sie vom Gesetz statuiert sind, zugunsten der Billigkeit oder Praktikabilität des Ergebnisses im Einzelfall die Gefolgschaft zu versagen", ferner in dem "Unbehagen über die Gekünsteltheit jener Grundkonzeption, wonach der Richter vor der Weiterentwicklung des wirklichen Lebens die Augen verschließen muß".[5] Mattern meint[6], die Rechtsprechung habe "dem praktischen Bedürfnis" schon in einem solchen Umfang Rechnung getragen, daß eine Rückkehr zum ausnahmslosen Grundsatz nicht mehr zu erwarten sei.

In der Tat kann es im Sinne der Praktikabilität verlockend und vom Ergebnis her in manchen Fällen geradezu geboten erscheinen, Umstände im Revisionsverfahren zu beachten, die erst nach Abschluß der Berufungsin-

---

1) Unten S. 48 ff.
2) JZ 1963, S. 649 ff.
3) aaO, S. 649
4) Dabei läßt Mattern allerdings außer Acht, daß der weitaus umfangreichste Teil der oben umrissenen Rechtsprechung vom RG stammt
5) Ähnlich über die Revision im Strafprozeß Jagusch, NJW 1971, S. 2009, der von "Konstruktivismus" spricht
6) aaO

stanz eingetreten sind. Man denke etwa an den Fall, daß das Berufungsgericht eine Klage abgewiesen hat, weil die Klageforderung noch nicht fällig war und die Voraussetzungen der §§ 257 ff. nicht vorlagen: Tritt dann während des Revisionsverfahrens der im Berufungsurteil festgestellte Fälligkeitstermin ein[1] und bleibt die Revision des Klägers dennoch erfolglos, weil der Eintritt des bestimmten Datums wegen § 561 Abs. 1 nicht berücksichtigt wird, so erläßt das Revisionsgericht eine mit der wirklichen Rechtslage nicht in Einklang stehende Entscheidung, und es ist außerdem mit einiger Sicherheit vorherzusehen, daß der unterlegene Kläger einen zweiten Prozeß führen und auch gewinnen wird. Demgegenüber würde die Verwertung des offen zu Tage liegenden Datumseintritts einen solchen zweiten Rechtsstreit vermeiden und eine materiell richtige Entscheidung ermöglichen.

Mag die Berücksichtigung der neuen Tatsache auch nicht unter allen Umständen ein Gebot der Gerechtigkeit sein, weil dieser immerhin in einem zweiten Prozeß noch zum Siege verholfen werden könnte, so wird die Novenzulassung bei der geschilderten Fallgestaltung doch anscheinend zwingend von dem Grundsatz der Prozeßökonomie gefordert. Zwar wird möglicherweise das anhängige Verfahren auf Grund des neuen Vorbringens nicht vereinfacht, wenn die Entscheidung über die Revision auch ohne die Berücksichtigung des Datumseintritts nicht wesentlich mehr Aufwand erfordert hätte; u. U. kann dieses Verfahren sogar bei Beachtung des neuen Umstands komplizierter werden, wenn es dann nämlich - nachdem der das Berufungsurteil tragende Abweisungsgrund der mangelnden Fälligkeit entfallen ist - auf schwierige Rechtsfragen ankommt, oder wenn zur weiteren Aufklärung sonstiger, vom Berufungsgericht offengelassener Fragen zurückverwiesen wird[2]. Aber auch unter solchen Umständen liegt die Beachtung der neuen Tatsache im Sinne der Prozeß-

1) Vgl. RGZ 88, S. 178 ff.; BGH LM Nr. 1 zu § 240 BGB
2) So im Fall BGH LM Nr. 1 zu § 240 BGB

ökonomie, weil die Verlängerung des einzelnen Verfahrens einen neuen Prozeß erspart, so daß "unter dem Strich" die Gerichte insgesamt entlastet werden und die Gesamtheit aller Verfahren beschleunigt werden kann.[1]

4. Bedenken gegenüber Argumenten der Prozeßwirtschaftlichkeit und Billigkeit

Dem Bestreben, aus prozeßwirtschaftlichen Gesichtspunkten das Verbot neuen Vorbringens im Revisionsverfahren unbeachtet zu lassen, stellt sich aber sogleich das Bedenken entgegen, der Gesetzgeber der ZPO habe zweifellos gewußt und in Kauf genommen, daß sich durch die von ihm gewählte Ausgestaltung der Revision die soeben aufgezeigten Konsequenzen aus einer strikten Anwendung des § 561 Abs. 1 ergeben können.

Ausdrücklich ausgesprochen wird dies in den Motiven zu § 635 des Entwurfs zur ZPO (heute § 767) im Zusammenhang mit der Frage, wann Einwendungen entstanden sein müssen, auf die eine Vollstreckungsgegenklage gestützt werden soll. Die vom Entwurf in die ZPO übernommene Lösung läßt für die Präklusion von Einwendungen bekanntlich nicht den Zeitpunkt des Urteilserlasses oder der diesem vorhergehenden mündlichen Verhandlung, sondern den Schluß derjenigen Verhandlung entscheidend sein, in welcher Einwendungen "prozessualisch spätestens hätten geltend gemacht werden müssen"[2] - also die letzte Berufungsverhandlung. Zur Begründung wird in den Motiven ausgeführt[3], der Entwurf betrete mit seiner Regelung "einen Mittelweg, ... auf welchen die Erwägung hinführte, daß zwischen dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher der Partei zuletzt Gelegenheit

---

1) Vgl. v. Mettenheim, S. 26 f. und S. 16 f., wo v. Mettenheim ausführt, Aufgabe der Prozeßökonomie sei es, die Institution des Prozesses zu rationalisieren
2) Hahn-Stegemann, S. 438
3) Hahn-Stegemann, aaO

zu thatsächlichem Vorbringen geboten war, und dem Erlasse des zur Vollstreckung stehenden Urteils bei einer thatsächliches Vorbringen ausschließenden Revisionsinstanz häufig ein bedeutender Zeitraum in der Mitte liegen wird, so daß der Ausschluß der Partei mit den inzwischen entstandenen Einwendungen eine ungerechtfertigte Härte enthalten würde."

Aus diesen Darlegungen geht hervor, daß der Gesetzgeber die Möglichkeit gesehen hat, es könne ein Revisionsurteil ergehen, das wegen der Nichtberücksichtigung nachträglich eingetretener Umstände mit der wirklichen Rechtslage nicht in Einklang steht, und daß dann ein zweites Verfahren erforderlich ist, in dem die neuen Einwendungen zur Geltung gebracht werden können. Soweit neue Umstände nach der letzten Berufungsverhandlung eingetreten sind, hat also der Gesetzgeber der Durchführung des in § 561 Abs. 1 enthaltenen Novenverbots den Vorrang vor Gesichtspunkten der Prozeßökonomie eingeräumt. Nicht diese, sondern die ausdrücklich im Gesetz vorgeschriebenen Regeln bestimmen das Verfahren.[1] Deshalb kann die Prozeßökonomie erst dann herangezogen werden, wenn Zweifel über die Verfahrensweise im Rahmen dieser Regeln auftauchen. Das Verbot neuen Vorbringens in § 561 Abs. 1 ist aber eindeutig. Wenn auch der Prozeßwirtschaftlichkeit in jedem Stadium des Verfahrens wesentliche Bedeutung zukommt und daher auch das Revisionsverfahren derartigen Gesichtspunkten Rechnung tragen muß, so aber doch nur insoweit, als das Gesetz es zuläßt.[2]

Durch § 561 Abs. 1 wird auch das Vorbringen von Umständen ausgeschlossen, die schon vor der letzten Berufungsverhandlung existierten, aber dennoch nicht vorgetragen wurden, auch wenn diese Unterlassung der Partei nicht zurechenbar war. Auf derartiges Vorbringen kann wegen der Präklusionswirkung der

---

1) Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 197
2) Baur, JZ 1954, S. 327

Rechtskraft[1] ein zweiter Prozeß nicht mehr gestützt werden, es sei denn, die Umstände rechtfertigten ein Wiederaufnahmeverfahren. Die Zulassung solchen Prozeßstoffes wird also nicht unter Berufung auf die Prozeßökonomie gefordert werden können, weil die Nichtzulassung in der Regel keinen weiteren Prozeß provozieren kann; jedoch könnte es als Postulat der Gerechtigkeit erscheinen, unverschuldet noch nicht vorgetragenes Tatsachenmaterial noch in der Revisionsinstanz zu berücksichtigen und u. U. erst damit die materiell richtige Entscheidung zu ermöglichen. Aber auch hier ist zu erwidern, daß der Gesetzgeber durch seine Verfahrensausgestaltung anders gewertet hat, indem er für die Revisionsinstanz keine den §§ 279, 529 entsprechende Regelung getroffen und damit im Einzelfall durch den Ausschluß jeglichen Neuvortrags das Prinzip der materiellen Gerechtigkeit anderen Prinzipien - etwa dem Vertrauensschutz des Gegners oder dem Abschluß des Streits in angemessener Zeit - untergeordnet hat.

5. Lösungsweg und Ziele der Untersuchung

Die vorstehenden Überlegungen sollten deutlich machen, daß die Zulassung neuen Vorbringens unter Durchbrechung des § 561 Abs. 1 nicht kurzerhand unter Berufung auf die Prozeßökonomie oder die Einzelfallgerechtigkeit begründet werden kann. Daß diese Gesichtspunkte im Revisionsverfahren nicht generellen Vorrang beanspruchen können, geht schon aus der Existenz des Novenverbots hervor. Hält man das vom Gesetz statuierte "starre Rechtsprinzip"[2] heute für insgesamt verfehlt, weil es unbillig und unökonomisch sei, dann müßte - wenn sich eine solche Ansicht durchsetzt - das Prinzip vom Gesetzgeber aufgegeben werden. Solange das Gesetz unverändert gilt, kann es der Revisionsrichter nicht mit Rücksicht auf Bedürfnisse außer

1) S. dazu etwa Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 322, Anm. X
2) Mattern, JZ 1963, S. 649

Kraft setzen, die der Gesetzgeber gekannt hat, denen er aber grundsätzlich keinen Vorrang eingeräumt hat. Wer sich mit der Berufung auf die Prozeßökonomie begnügt, um nach seiner Auffassung erstrebenswerte Ergebnisse zu erzielen, läuft Gefahr, die maßgeblichen Wertungen des Gesetzgebers eher zu verschleiern als klarzustellen[1].

Jedoch erscheint es denkbar, in Einzelfällen den aufgezeigten Bedürfnissen nach Zulassung neuen Prozeßstoffes unter der Voraussetzung nachzugeben, daß zunächst festgestellt wird, welchen Zwecken das Novenverbot zu dienen bestimmt ist; ist geprüft, auf Grund welcher Wertungen das Gesetz dem Verbot neuen Vorbringens gegenüber der Prozeßökonomie und der richtigen Einzelfallentscheidung grundsätzlich den Vorzug gegeben hat, dann kann auch die Frage beantwortet werden, ob es unter bestimmten Voraussetzungen möglich ist, Ausnahmen vom gesetzlichen Prinzip zuzulassen, ohne daß dadurch die von diesem angestrebten Zwecke vereitelt werden, weil die gesetzlichen Wertungen eine strikte Durchführung des Grundsatzes nicht erfordern.

Damit ist bereits das wesentliche Ziel der vorliegenden Arbeit angesprochen: Sie soll untersuchen, ob es allgemeine Kriterien gibt, die eine Einschränkung des Novenverbots rechtfertigen, ohne daß dadurch die Zwecke des Gesetzes mißachtet werden. Dabei geht sie von der eingangs[2] erwähnten Rechtsprechung aus. Diese soll zusammengestellt werden und kann dann Anschauungsmaterial über die praktische Bedeutung der Einschränkung des § 561 Abs. 1 vermitteln; zugleich soll sie daraufhin überprüft werden, ob sie außer dem Streben nach "Billigkeit oder Praktikabilität des Ergebnisses"[3] mit generellen Gesichtspunkten begründet wird, ob sie auf die bei der Lösung des Problems maßgeblichen Wertungsgrundlagen eingeht,

---

1) Vgl. Henckel, Prozeßrecht, S. 232; v. Mettenheim, S. 13
2) Oben S. 2 f.
3) Mattern, JZ 1963, S. 649

und ob sie für die verschiedenen Fallgestaltungen gemeinsame Kriterien für die Zulassung neuen Vorbringens erkennen läßt. Andernfalls muß - unter Berücksichtigung der Stellungnahmen in der Literatur zu dieser Frage - versucht werden, solche Kriterien selbständig zu entwickeln.

Nur wenn allgemeine Leitlinien für eine Einschränkung des Novenverbots gefunden werden können, ist - außer der wünschenswerten dogmatischen Klarheit - gewährleistet, daß die streitenden Parteien zuverlässig wissen, was sie noch in der Revisionsinstanz vortragen können und was nicht; erst dann können sie oftmals beurteilen, ob eine Revision Aussicht auf Erfolg hat, oder ob sie besser nicht eingelegt wird. Daß im Einzelfall möglichst genau vorhersehbar ist, ob das Revisionsgericht neues Vorbringen zulassen wird, und daß die Entscheidung hierüber nicht von der schwer im Voraus erkennbaren Auffassung des Gerichts über Prozeßökonomie und Billigkeit abhängt, dient der Berechenbarkeit des Prozeßausgangs und damit der Rechtssicherheit; es liegt nicht zuletzt aber auch im Interesse des Revisionsgerichts selbst, weil es aussichtslose - weil nur auf unzulässiges Neuvorbringen zu stützende - Revisionen vermeiden hilft und damit zur Entlastung des Revisionsgerichts beitragen kann. Eine Rechtsprechung dagegen, die neuen Vortrag ohne erkennbare generelle Grenzlinien von Fall zu Fall je nach der prozessualen Situation aus Praktikabilitätserwägungen heraus zuließe, würde die Parteien in zunehmendem Maße in die Versuchung führen, es mit neuen oder auch nur angeblich neuen tatsächlichen Gesichtspunkten zu versuchen, dem Prozeß noch in der Revisionsinstanz eine Wendung zu ihren Gunsten zu geben oder sein Ende zumindest hinauszuzögern. Sollte es nicht gelingen, eine sicher zu handhabende Abgrenzung zwischen ausnahmsweise zulässigem und dem durch § 561 Abs. 1 stets ausgeschlossenen neuen Vorbringen zu finden, dann müßte - entgegen der resignierenden

Feststellung Matterns[1] - von der Rechtsprechung eine "Rückkehr zum ausnahmslosen Grundsatz" gefordert werden.

II. Das durch § 561 Abs. 1 in der Revisionsinstanz ausgeschlossene Parteivorbringen

1. Bedürfnis nach inhaltlicher Eingrenzung des ausgeschlossenen Parteivorbringens

Nach dem Wortlaut des § 561 Abs. 1 ist vom Revisionsgericht nur dasjenige "Parteivorbringen" zu beurteilen, das aus dem Berufungsurteil oder dem Sitzungsprotokoll hervorgeht; daraus folgt im Umkehrschluß, daß alles andere "Parteivorbringen" unberücksichtigt bleibt. Als "Vorbringen" einer Partei kann nun aber jedes Handeln aufgefaßt werden, mit dem die Parteien gestaltend auf das Verfahren einwirken wollen, also alle Prozeßhandlungen[2] wie z. B. Vortrag von Tatsachen, Benennung von Beweismitteln, Erhebung von Beweiseinreden, Sach- oder Prozeßanträge oder Dispositionen über den Streitgegenstand wie Verzicht und Anerkenntnis; all dies kann "vorgebracht" und damit in den Prozeß eingeführt werden. Der Begriff "Vorbringen" ist inhaltlich also offen; die ZPO gebraucht ihn in Bezug auf die verschiedensten Prozeßhandlungen (vgl. z. B. §§ 132 Abs. 1, 278 Abs. 2, 283 Abs. 2, 331 Abs. 1, 445 Abs. 1, 450 Abs. 2, 504, 529 Abs. 1).

Läßt man dem "Parteivorbringen" in § 561 Abs. 1 alle denkbaren Prozeßhandlungen unterfallen, dann sind die Parteien nach Einlegung und Begründung der Revision jeder Möglichkeit beraubt, auf den weiteren Gang des Verfahrens noch Einfluß nehmen zu können. Daß ein derartiges Verständnis des Begriffs "Vorbringen" nicht richtig und vom Gesetz nicht beabsichtigt sein kann, ist unschwer zu erkennen. So gelten die

---

1) JZ 1963, S. 649; s. dazu oben S. 3
2) So die Definition der Parteiprozeßhandlungen bei Henckel, Prozeßrecht, S. 27 ff., 33

allgemeinen Verfahrensgrundsätze auch in der dritten Instanz (vgl. § 557), weshalb beispielsweise die Parteien auch weiterhin über den Streitgegenstand disponieren und den Anspruch anerkennen oder auf ihn verzichten können. Da die Parteien durch ihre Prozeßbevollmächtigten die Revision selbst betreiben und am Verfahren beteiligt sind, können sie auch Prozeßanträge stellen, z. B. auf Terminsverlegung u. ä. Ferner folgt aus der Natur der Sache, daß bei einem Streit über die Zulässigkeit der Revision die maßgeblichen Umstände - etwa ein Rechtsmittelverzicht - vor dem Revisionsgericht vorgetragen werden müssen. Auch neue Anträge können mitunter kraft gesetzlicher Zulassung in der Revisionsinstanz noch gestellt werden (so die Anträge nach §§ 302 Abs. 4, 600 Abs. 2, 717 Abs. 2 und 3, 1042 Abs. 2) und werden deshalb nicht von § 561 Abs. 1 erfaßt.

Von der Rechtsprechung sind denn auch Parteihandlungen der eben genannten Art stets in der Revisionsinstanz zugelassen worden, so insbesondere Vorbringen zur Zulässigkeit der Revision[1], die Erklärung eines Klageverzichts[2], die Rücknahme der Klage[3], der Antrag auf Verweisung vom BAG an die ordentlichen Gerichte[4] sowie Anträge gemäß § 717 Abs. 2[5].

Das Schrifttum hält gleichfalls Vorbringen in der Revisionsinstanz für zulässig, welches das Verfahren in diesem Rechtszug betrifft, insbesondere die Erklärung eines Rechtsmittelverzichts sowie solche Erklä-

---

1) RGZ 115, S. 374 (375); RGZ 161, S. 350 (352); RG Warn. 30 (1938), Nr. 113; BGH WM 1968, S. 377; s. ferner BGHZ 22, S. 370 (372)
2) RG JW 1913, S. 1047 Nr. 17; RG JW 1915, S. 148 Nr.16; RG Warn. 10 (1917), Nr. 65
3) RG GruchBeitr. 56 (1912), S. 344; RG JW 1912, S. 802 Nr. 21
4) BAG AP Nr. 3 zu § 2 ArbGG 1953
5) RGZ 27, S. 41 (44); RGZ 34, S. 384 (385); RG HRR 1926, Nr. 798

rungen, die Verfügungen über den Streitgegenstand enthalten[1], außerdem Vorbringen zu neuen, zulässigerweise erst in der Revisionsinstanz gestellten Anträgen[2].

Steht fest, daß durch § 561 Abs. 1 nicht alle Prozeßhandlungen der Parteien im Revisionsverfahren ausgeschlossen sein können, so stellt sich die Frage, welche Arten von Parteihandlungen denn von dieser Vorschrift erfaßt werden sollen.

2. § 561 Abs. 1 als Verbot neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel

In der Literatur wird teilweise das "Parteivorbringen" im Sinne von § 561 Abs. 1 mit Angriffs- und Verteidigungsmitteln gleichgesetzt[3]. Versteht man die Vorschrift so, dann bezieht sie sich auf dieselben Arten von Prozeßhandlungen wie § 529 Abs. 1, die Vorschrift, die für das Berufungsverfahren die Frage nach der Möglichkeit neuen Vorbringens behandelt und im Sinne grundsätzlicher Zulässigkeit, also entgegengesetzt wie § 561 Abs. 1 für die Revision, entscheidet.

Der Begriff "Angriffs- und Verteidigungsmittel" ist aber für eine sachgerechte Eingrenzung des Novenverbots wenig geeignet. Dies zunächst und grundsätzlich deshalb, weil wir uns mit ihm auf das Gebiet der systematischen Einteilungen der Prozeßhandlungen begeben müssen, deren Wert nicht überschätzt werden darf[4], denn es handelt sich dabei um Gliederungen zu Ordnungszwecken.

Zu den Angriffs- und Verteidigungsmitteln werden

---

1) Vgl. Förster-Kann, § 561, Anm. 4 a, dd; Stein-Jonas, 8. und 9. Auflage, § 561, Anm. I, 18; Hellwig, S. 856; Baumbach-Lauterbach, § 561, Anm. 3 c; Stein-Jonas-Grunsky, § 561, Anm. II, 2 b, 2 e; Thomas-Putzo, § 561, Anm. 4 a; Zöller, § 561, Anm. 1; Bruns, § 54, VII, 1 a; Blomeyer, § 104, V, 1; Rosenberg-Schwab, § 146, II, 3 c; Mattern, JZ 1963, S. 650

2) Vgl. Rosenberg-Schwab, § 146, II, 3 e; Stein-Jonas-Grunsky, § 561, Anm. II, 2 f; Zöller, aaO; Blomeyer, § 104, V, 2 c; Bruns, aaO; Mattern, aaO

3) Blomeyer, § 104, V, 2; Rosenberg-Schwab, § 146, II, 2; Thomas-Putzo, § 561, Anm. 3; ebenso BGH NJW 1962, S. 1250

4) Vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle, vor § 128, Anm. XI, 2 b; Zeiß, § 35, IV, 2 c

sämtliche Erwirkungshandlungen gerechnet[1], also Prozeßhandlungen der Parteien, die das Gericht zu einer bestimmten Entscheidung veranlassen und zugleich die Grundlage hierfür liefern sollen[2], mit Ausnahme der den Angriff bzw. die Verteidigung selbst bildenden Anträge (Klage-, Rechtsmittel-, Klagabweisungs- und Rechtsmittelabweisungsanträge). Mit einem solchen Inhalt ist aber der Kreis des durch § 561 Abs. 1 ausgeschlossenen Vorbringens noch zu weit gezogen, weil dann noch sämtliche Prozeßanträge davon erfaßt werden[3], die die Parteien auch in der Revisionsinstanz noch müssen stellen können. Es kann ferner nicht mit Sicherheit gesagt werden, ob Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht auch die Dispositionen über den Streitgegenstand sind, die in der Revisionsinstanz wegen der auch dort Geltung beanspruchenden Dispositionsmaxime zulässig sein müssen: Zwar ist die Rücknahme der Klage oder des Rechtsmittels wohl nicht Erwirkungs-, sondern Bewirkungshandlung, weil sie unmittelbar auf die prozessuale Lage einwirkt[4]; jedoch werden Anerkenntnis und Verzicht möglicherweise zu den Rechtsbehauptungen und damit als Erwirkungshandlungen zu den Angriffs- und Verteidungsmitteln zu zählen sein[5]. Den Umfang des Parteivorbringens im Sinne von § 561 Abs. 1 aber davon abhängig zu machen, ob bestimmte Prozeßhandlungen in die systematische Kategorie der Erwirkungshandlungen und damit der Angriffs- und Verteidigungsmittel oder in die Kategorie der Bewirkungshandlungen einzuordnen sind, ist verfehlt, und zwar umso mehr, als die ganze Unterscheidung selbst logisch nicht durchführbar und deshalb von zweifelhaftem Wert ist: Man kann alle Erwirkungshandlungen auch als Bewirkungshandlungen ansehen, insofern sie nämlich zunächst

---

1) Blomeyer, § 30, II, 1 c
2) Goldschmidt, S. 346 ff.; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, vor § 128, Anm. XI, 2 b; Lent-Jauernig, § 29, III; Rosenberg-Schwab, § 64, I
3) Vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle, aaO
4) Goldschmidt, S. 456; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, aaO; Blomeyer, § 30, II, 2
5) So z. B. Goldschmidt, S. 317; Blomeyer, § 30, II, 1 b

einmal Prozeßstoff in das Verfahren einführen und dadurch dieses mit gestalten[1].

Auch wenn man den Begriff "Angriffs- und Verteidigungsmittel" von dem Goldschmidt'schen System der Prozeßhandlungen[2] löst, kann er nicht sinnvoll inhaltlich begrenzt werden. Denn letzten Endes dient jedes Handeln der Parteien im Prozeß - mehr oder weniger unmittelbar - dem Ziel, ihn zu gewinnen[3], es soll die Entscheidung des Gerichts inhaltlich beeinflussen[4] und ist deshalb Angriffs- oder Verteidigungsmittel. Nicht ohne Berechtigung hat Lippmann[5] schon kurz nach Inkrafttreten der ZPO behauptet, das Wesentliche des Begriffs "Angriffs- und Verteidigungsmittel" liege in seiner Begriffslosigkeit, weil er jede Bewegung der Partei im Prozeß bezeichne. Für das Berufungsverfahren[6] ist die Verwendung des farblosen und unbestimmten Begriffs unschädlich, weil dort durch § 529 im Grundsatz alle Parteihandlungen noch zugelassen werden; dagegen ist eine solche Umschreibung für die Revision wertlos, weil es hier darauf ankommt, das in dieser Instanz nicht mehr zu beachtende Vorbringen von den nach den allgemeinen Verfahrensgrundsätzen und der Natur der Sache zulässigen Prozeßhandlungen abzugrenzen.

3. § 561 Abs. 1 als Verbot neuer Tatsachen und Beweismittel

a) Als weitere Möglichkeit, das "Parteivorbringen" in § 561 Abs. 1 inhaltlich zu bestimmen, bietet sich

---

1) Vgl. Bruns, § 19 IV, 2
2) Goldschmidt, S. 346 ff.
3) Vgl. v. Bülow, GruchBeitr. 22 (1878), S. 61[illegible]
4) Vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 146, Anm. I, 2
5) AcP 65 (1882), S. 358 (427)
6) Zum Verständnis von "Angriffs- und Verteidigungsmittel" in § 529 s. Senft, S. 56 ff. Widersprüchlich sind die Ausführungen Senfts auf S. 3, wo er den in der Berufungsinstanz zulässigen neuen Prozeßstoff teils mit neuen Angriffs- und Verteidigungsmitteln, teils mit neuem Tatsachen- und Beweismaterial gleichsetzt.

die Gleichsetzung mit Tatsachen[1] und Beweismitteln an. Mit diesem Inhalt wurde herkömmlicherweise seit dem Gemeinen Recht der Begriff "nova" verstanden: Das Recht, in der höheren Instanz neue Tatsachen und Beweismittel vorzubringen, ist das ius novorum, beneficium novorum oder Novenrecht, das Verbot, derartigen neuen Prozeßstoff einzuführen, ist das Novenverbot[2].

Wird § 561 Abs. 1 in diesem eingeschränkten Sinne aufgefaßt, dann ist den oben[3] geäußerten Bedenken gegen ein sämtliche Prozeßhandlungen umfassendes Verständnis des "Parteivorbringens" weitgehend Rechnung getragen. Dispositionen über den Streitgegenstand werden dann durch das Novenverbot ebensowenig ausgeschlossen wie Prozeßanträge oder vom Gesetz zugelassene neue Sachanträge[4].

b) Fraglich kann aber sein, ob nicht § 561 Abs. 1 nur neue Tatsachen zu erfassen braucht, weil sich der Ausschluß neuer Beweismittel möglicherweise bereits vollständig aus dem Abs. 2 des § 561 ergibt. Nach § 561 Abs. 2 können die vom Berufungsgericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen nicht mehr angegriffen werden, und damit sind neue Beweisführungen unzulässig, mit denen im Widerspruch zu diesen Feststellungen die Wahrheit oder Unwahrheit von Tatsachenbehauptungen erwiesen werden soll. Das

---

1) Auf den Ausschluß neuen Tatsachenvortrags wird § 561 Abs. 1 z. T. in der Literatur stillschweigend beschränkt; vgl. Baumbach-Lauterbach, § 561, Anm. 1; Stein-Jonas-Grunsky, § 561, Anm. II, 1 a; Wieczorek, § 561, Anm. A; Bruns, § 54, 1 a; Lent-Jauernig, § 74, IV, A; Mattern, JZ 1963, S. 649 ff.

2) Vgl. dazu den Überblick bei Senft, S. 3. Ferner Wetzell, S. 753 ff.; Wach, S. 186 ff.; Hellwig, S. 834; Nikisch, S. 464

3) S. 10 ff.

4) Mit der Beschränkung auf neue Tatsachen und Beweismittel kommt den Begriffen Novenrecht und -verbot eine engere und schärfer umrissene Bedeutung zu, als ihnen nach dem heute verbreiteten Sprachgebrauch beigemessen wird, der "Noven" weitgehend mit "neuem Vorbringen" gleichsetzt; s. dazu oben S. 1, Fußnote 3

kann aber nur im Hinblick auf Tatsachenbehauptungen gelten, welche in den Vorinstanzen aufgestellt wurden, denn nur hierüber konnte das Berufungsgericht Feststellungen treffen. Sofern aber unter bestimmten Voraussetzungen neuer Tatsachenvortrag in der Revisionsinstanz zulässig ist - was im Verlauf der Arbeit zu klären sein wird -, ist aus § 561 Abs. 2 nichts zu der Frage zu entnehmen, ob die Parteien zu solchen neuen Tatsachen auch in der Revisionsinstanz Beweise antreten dürfen. Insoweit muß auf das Verbot neuen Vorbringens in § 561 Abs. 1 zurückgegriffen werden.

Aus dem Zusammenhang mit der Zulassung neuen Tatsachenstoffs wird deutlich, daß die Zulassung neuer Beweismittel im Rahmen des Novenverbots eine untergeordnete Rolle spielt. Denn soweit neue Beweise zu den vorinstanzlichen Behauptungen angetreten werden, greift bereits § 561 Abs. 2 ein mit seinem Verbot, die Feststellungen des Berufungsgerichts anzugreifen. Soweit aber Beweis zu erst in der Revisionsinstanz vorgetragenen neuen Tatsachen in Betracht kommen, ist in erster Linie die Frage zu klären, ob solcher neuer Tatsachenvortrag überhaupt zulässig ist. Nach dem Grundsatz des § 561 Abs. 1 ist er es nicht; damit kommen aber auch Beweisführungen zu solchem unzulässigen Vortrag nicht in Betracht. In diesem Sinne kann man davon sprechen, daß § 561 Abs. 1 auch neue Beweismittel für die Revisionsinstanz ausschließt, wobei aber hinzuzufügen ist, daß dies nur eine zwangsläufige Folge aus dem Ausschluß neuer Tatsachen ist. Sollte sich im Verlauf unserer Untersuchung ergeben, daß in Abweichung von § 561 Abs. 1 neue Tatsachen unter bestimmten Voraussetzungen noch vorgetragen werden können, und zwar auch dann, wenn sie beweisbedürftig sind, dann folgt daraus die Zulässigkeit diesbezüglicher Beweisantritte ebenfalls zwangsläufig, da bei entscheidungserheblichen Behauptungen

geklärt werden muß, ob sie wahr oder unwahr sind. Fraglich kann dann nur sein, ob das Revisionsgericht selbst die Beweise erheben kann oder muß, oder ob es die Sache zu diesem Zweck an das Berufungsgericht zurückverweisen darf.

Wir halten also fest, daß durch § 561 Abs. 1 auch neue Beweismittel zu neuen Tatsachen ausgeschlossen sind; deshalb können wir zu den in der Revisionsinstanz grundsätzlich unbeachtlichen "nova" auch diese rechnen. Im Vordergrund steht jedoch die Frage, welche neuen Tatsachen trotz § 561 Abs. 1 etwa berücksichtigt werden müssen[1], weil hiervon die Möglichkeit neuer Beweisantritte unmittelbar abhängt: Sind keine neuen Tatsachen zu berücksichtigen, so können auch keine Beweise darüber erhoben werden; sind neue beweisbedürftige Tatsachen dagegen zulässig, dann müssen auch Beweise dazu angetreten werden können.

Im weiteren Verlauf der Arbeit können wir uns wegen dieser Zusammenhänge auf die Untersuchung der Frage konzentrieren, ob und unter welchen Voraussetzungen neue Tatsachen im Revisionsverfahren zulässig sind.

---

1) Dafür, daß das Schwergewicht des revisionsrechtlichen Novenverbots bei dem Tatsachenausschluß liegt, spricht auch die Entstehungsgeschichte des § 561. Die Vorschrift lautete ursprünglich (§ 500 des Entwurfs, § 524 der ZPO von 1877):

"Für die Entscheidung des Revisionsgerichts sind die in dem angefochtenen Urtheile gerichtlich festgestellten Thatsachen maßgebend. Außer denselben können nur die im § 492 Nr. 2, 3 (entspricht dem heutigen § 554 Abs. 3 Z. 2 b) erwähnten Thatsachen berücksichtigt werden". (Hahn-Stegemann, S. 63).
Die heutige Fassung, in der "festgestellte Thatsachen" durch "Parteivorbringen" ersetzt wurde, geht auf die Novelle von 1910 zurück. Die Änderung des § 561 sollte aber nur der Klarstellung dienen, bezweckte also keine sachliche Reform.
Vgl. dazu Verhandlungen des Reichstags 1909/10, Band 273, Anlage 309, S. 3 und 18.

c) Die Eingrenzung des Novenverbots auf neue Tatsachen und Beweismittel schlechthin vermag jedoch noch nicht völlig zu befriedigen; nicht jeder neue Tatsachenvortrag kann den Parteien verwehrt sein. Das wird deutlich, wenn man an die Frage der Revisionszulässigkeit denkt, die die Erörterung von neuen Umständen (z. B. eines Rechtsmittelverzichts) erforderlich machen kann. Ferner erscheint es auch als geboten, neuen Parteivortrag zuzulassen, der in der Revisionsinstanz neu gestellte Anträge begründen soll. Solche Anträge (z. B. nach § 717 Abs. 2, 3) in der dritten Instanz noch zu gestatten, wäre wenig sinnvoll, wenn sie nicht begründet werden dürften.

Es besteht also das Bedürfnis, die durch § 561 Abs. 1 ausgeschlossenen neuen Tatsachen und Beweismittel noch näher inhaltlich zu bestimmen.

d) Die Parteien zielen mit ihrer Prozeßführung darauf ab, das Gericht davon zu überzeugen, daß die Voraussetzungen für ein dem Klagantrag stattgebendes Urteil vorliegen bzw. nicht vorliegen. Unter diesem Blickwinkel kann man ihre Prozeßhandlungen danach unterscheiden, ob sie - einmal vom Standpunkt des Klägers aus betrachtet - das Tatsachenmaterial vortragen, das die Tatbestandsmerkmale derjenigen Normen ausfüllen soll, die für den Erlaß des zusprechenden Urteils gegeben sein müssen, ob sie durch Beweisführungen das Gericht von der Wahrheit dieser Tatsachen überzeugen wollen, oder ob sie durch sonstige Prozeßhandlungen darauf Einfluß nehmen wollen, ob und in welchem Verfahrensablauf das Gericht das Bestehen des klägerischen Anspruchs prüft.
Zu den letzteren Parteihandlungen gehören alle Prozeßanträge und das sie stützende Vorbringen sowie die Dispositionen, die das Gericht ganz oder teilweise der Entscheidung darüber entheben, ob der Anspruch begründet ist (z. B. Anerkenntnis, Rücknahme der Klage, einverständliche Erledigungserklärung). Alles Vor-

bringen der zuletzt genannten Art haben wir aus dem Anwendungsbereich des revisionsrechtlichen Novenverbots ausgeschieden und haben § 561 Abs. 1 nur auf die beiden ersterwähnten Gruppen der Prozeßhandlungen bezogen.

Um diese noch inhaltlich zu fixieren, braucht lediglich klargestellt zu werden, auf welchen Gegenstand sie sich beziehen müssen, um in der Revisionsinstanz durch das Novenverbot ausgeschlossen zu sein. Daß dies nicht etwa alle Voraussetzungen eines für den Revisionskläger günstigen Revisionsurteils sein können, geht aus folgender Überlegung hervor: Erforderlich für ein solches Urteil ist u. a. auch, daß die Revision zulässig ist; bei einem Streit um die Voraussetzungen ihrer Zulässigkeit, der zwangsläufig in der Revisionsinstanz ausgetragen wird, kann den Parteien der Vortrag von diesbezüglichen Tatsachen und Beweismitteln nicht abgeschnitten werden.

Den Bezugspunkt für die ausgeschlossenen Noven finden wir, wenn wir uns auf das Wesen der Revision als ein Rechtsmittel besinnen und auf den Zusammenhang, in dem § 561 steht. Die Revision bezweckt - wie jedes Rechtsmittel - u. a.[1] die Überprüfung des angefochtenen Urteils auf seine Richtigkeit[2]; sie ist gemäß § 549 beschränkt auf die Frage, ob das vorinstanzliche Urteil auf der Verletzung einer Rechtsnorm beruht. Nach § 559 findet die Überprüfung des Berufungsurteils nur soweit statt, als es von den Parteien beantragt wird. Im Zusammenhang mit diesen Vorschriften regelt nun § 561 Abs. 1, an Hand welchen Sachverhalts die Richtigkeitsprüfung stattfindet: Dies ist der Sachverhalt, der der Entscheidung des Berufungsgerichts zugrunde lag, und der durch neuen Vortrag nicht zu dem Zweck verändert werden darf,

1) S. zu den Revisionszwecken näher unten S. 124 ff.
2) Dazu Gilles, S. 14, 53 ff. und ausführlich unten S. 131 ff.

die Unrichtigkeit der Vorentscheidung noch nachträglich zu begründen.

Wird somit der vom Revisionsgericht zu beurteilende, durch § 561 Abs. 1 eingegrenzte und im Zeitpunkt der letzten Berufungsverhandlung gleichsam kristallisierte[1] Sachverhalt nur daraufhin geprüft, ob sich aus ihm die Rechtsanwendung des Berufungsgerichts rechtfertigt[2], so sind durch das Novenverbot auch nur solche Ergänzungen ausgeschlossen, die die Berufungsentscheidung deshalb erschüttern könnten, weil sie ihre tatsächlichen Grundlagen, den Bezugspunkt der Rechtsanwendung, verändern. Nach dem Sinnzusammenhang des § 561 Abs. 1 wird deshalb nur solcher Vortrag neuer Tatsachen und Beweismittel vom Novenverbot erfaßt, der sich auf die Voraussetzungen bezieht, welche vorliegen mußten, um den bis zur letzten Berufungsverhandlung gestellten Klaganträgen zum Erfolg zu verhelfen. Soweit neues Vorbringen zu neuen oder geänderten Anträgen in Frage steht, ist § 561 Abs. 1 nicht einschlägig, weil insoweit das Revisionsgericht erstmals entscheiden und nicht das vorinstanzliche Urteil auf seine Richtigkeit überprüfen würde.

Es ist schließlich nur noch zu klären, welcher Art die Voraussetzungen sind, die vorliegen müssen, damit ein zusprechendes Urteil auf die Berufungsanträge des Klägers ergehen kann.[3] Dies sind einmal

---

1) Vgl. v. Bar, S. 68: "Die Revision soll nur dazu dienen, den Parteien die richtige Anwendung des Rechts nicht mit Rücksicht auf die wirkliche Sachlage, wohl aber mit Rücksicht auf die in der Berufungsinstanz gleichsam kristallisierte Sachlage zu garantieren."

2) Vgl. dazu RGZ 111, 239 (242): "...den Gegenstand der Nachprüfung in der Revisionsinstanz bildet ausschließlich die Frage, ob der Sachverhalt, wie er zu der Zeit vorlag, als das Berufungsurteil erlassen wurde, die Anträge rechtfertigt, wie sie damals vom Kläger gestellt und begründet worden sind."

3) S. dazu Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 101 ff.

die materiell-rechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen der Normen, die den Klaganspruch begründen können, bei einer Schadensersatzklage also beispielsweise die Voraussetzungen der §§ 823 ff. BGB. Denn wenn der Kläger in der ersten Instanz unterlegen war und mit der Berufung die Abänderung des ersten Urteils und Verurteilung des Beklagten begehrt, kann das Berufungsgericht - das nach § 525 den Rechtsstreit in den durch die Berufungsanträge gesteckten Grenzen neu verhandelt - diesen Anträgen nur stattgeben, wenn die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der als bestehend behaupteten Rechtslage erfüllt sind. Umgekehrt wird der Kläger, der im ersten Rechtszug obsiegt hatte, in der Berufungsinstanz beantragen, die Berufung des Beklagten zurückzuweisen und damit im Ergebnis ebenso zu entscheiden wie das angefochtene Urteil; auch dieser Antrag hat nur Erfolg, wenn sich das Berufungsgericht vom Vorliegen der Tatbestandsmerkmale der klagebegründenden Normen überzeugen kann.

Ferner müssen aber auch alle prozessualen Bedingungen erfüllt sein, die die Verfahrensordnung an den Erlaß eines stattgebenden Urteils knüpft; es müssen also sämtliche Prozeß- sowie etwaige sonstige besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen gegeben sein. Die Gesamtheit aller materiell-rechtlichen und prozessualen Erfordernisse für einen Erfolg der klägerischen Berufungsanträge können wir im Anschluß an Rimmelspacher[1] als "Urteilserlaßvoraussetzungen" bezeichnen.

Besondere Voraussetzungen für ein den Berufungsanträgen des Beklagten stattgebendes Urteil gibt es nicht[2], weil es sich bei diesen lediglich um die Negativa der soeben genannten Voraussetzungen des dem Kläger günstigen Berufungsurteils handelt. Der Beklagte hat in der Berufungsinstanz Erfolg, wenn

1) Amtsprüfung, S. 121
2) Vgl. zur entsprechenden Situation in der ersten Instanz Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 109, 122

die dort erforderlichen Urteilserlaßvoraussetzungen nicht vorliegen.

4. Zusammenfassung und Überprüfung des Ergebnisses

Das Ergebnis unserer Untersuchung über den Umfang des durch § 561 Abs. 1 in der Revisionsinstanz ausgeschlossenen neuen Parteivorbringens lautet demnach: § 561 Abs. 1 verbietet die Berücksichtigung solcher neuen Tatsachen und Beweismittel, mit denen dargetan werden soll, daß die z. Z. der letzten Berufungsverhandlung erheblichen Urteilserlaßvoraussetzungen vorliegen bzw. nicht vorliegen. Das Schwergewicht liegt dabei auf den neuen Tatsachen, weil die Zulässigkeit neuer Beweismittel, die sich auf neue Tatsachen beziehen, von der Zulässigkeit des entsprechenden neuen Tatsachenvortrags unmittelbar abhängt; neue Beweisführungen zu "altem" Tatsachenstoff werden schon durch § 561 Abs. 2 ausgeschlossen.

Welche Urteilserlaßvoraussetzungen in Frage kommen, muß nach den bis zum Schluß der Berufungsinstanz gestellten Anträgen des Klägers bestimmt werden. Daher bleibt die Frage, ob in einem Scheidungsprozeß der beklagte Ehegatte in der dritten Instanz einen früher eingelegten Widerspruch gemäß § 48 Abs. 2 EheG zurücknehmen kann[1], außerhalb unserer Untersuchung; sie hat mit dem Novenverbot nichts zu tun. Denn die Einlegung oder Rücknahme eines derartigen Widerspruchs ist nicht Voraussetzung für ein Scheidungsurteil, sie bezieht sich nicht auf ein Tatbestandsmerkmal einer Urteilserlaßvoraussetzung, welche z. Z. der letzten Berufungsverhandlung vorliegen mußte. Vielmehr beeinflußt sie selbst den Umfang der Urteilserlaßvoraussetzungen: Mit der Rücknahme eines Widerspruchs in der Revisionsinstanz wird es entbehrlich, die Voraussetzungen des § 48 Abs. 2 EheG noch zu prüfen; die Zahl der Urteilserlaßvoraussetzungen, die noch in der Berufungsinstanz

1) Die Frage wird bejaht von RGZ 164, 319 (320) und BGH NJW 1968, S. 1275

vorliegen mußten, wird verringert.

Daß die Beziehung des Novenverbots auf Urteilserlaßvoraussetzungen sachgerecht ist, wird dadurch erhärtet, daß sie der in § 561 vorgenommenen Grenzziehung zwischen beachtlichem und unbeachtlichem neuen Vortrag entspricht. Nach § 561 Abs. 1 S. 2 in Verbindung mit § 554 Abs. 3 Z. 2 b) sind solche Tatsachen zu berücksichtigen, mit denen die Verletzung eines Gesetzes "in bezug auf das Verfahren" begründet werden soll.
Wie Rimmelspacher gezeigt hat[1], handelt es sich bei den Gesetzen in bezug auf das Verfahren um eine Kategorie von Prozeßrechtsnormen[2], die als verfahrensleitende Normen[3] Anweisungen an die Prozeßbeteiligten darstellen, Art und Weise ihres innerprozessualen Handelns bestimmen[4] und daher imperativische Funktion besitzen[5]. Ihnen gegenüber stehen diejenigen Normen des Prozeßrechts, die prozessuale Urteilserlaßvoraussetzungen enthalten. Dies sind prozessuale Voraussetzungen, welche gegeben sein müssen, damit ein zusprechendes Urteil ergehen kann. An ihnen als an Maßstabs- oder Beurteilungsnormen ist in jedem Augenblick des Verfahrens die Geeignetheit der Klage zu messen, ihr Ziel, das zusprechende Endurteil, zu erreichen[6].

Die prozessualen Urteilserlaßvoraussetzungen bilden zusammen mit den materiell-rechtlichen - bezogen auf den Zeitpunkt der letzten Berufungsverhandlung - die Normen, zu deren Tatbestandsvoraussetzungen nach § 561 Abs. 1 S. 1 in der Revisionsinstanz keine Noven mehr vorgetragen werden dürfen, während die Rüge einer Verletzung von verfahrensleitenden Prozeßvorschriften (Gesetzen in bezug auf das Verfahren) nach §§ 554 Abs. 3 Z. 2 b), 561 Abs. 1 S. 2 mit

---

1) Amtsprüfung, S. 138 ff. (mit Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur), 185 f.
2) Zur Abgrenzung von prozeßrechtlichen und materiellrechtlichen Normen s. Henckel, Prozeßrecht, S.1 ff.,24
3) Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 140
4) Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 142, 185 f.
5) Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 139
6) Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 142

neuen Tatsachen begründet werden kann und muß. Nachdem erkannt ist, daß die durch § 561 Abs. 1 S. 2 zugelassenen neuen Tatsachen nur die Verletzung einer bestimmten Art von Prozeßrechtsnormen begründen können, ist es folgerichtig, das Novenverbot in Beziehung zu den Voraussetzungen der übrigen Prozeßrechtsnormen (Maßstabsnormen) sowie der materiell-rechtlichen Bestimmungen zu setzen und es hierauf zu beschränken; beide letztgenannten Normkategorien enthalten die Urteilserlaßvoraussetzungen und sind deshalb auch im Revisionsverfahren einheitlichen Regeln unterworfen[1].

Schließlich bleibt noch zu definieren, was "neue" Tatsachen und Beweismittel sind. "Neu" sind alle nova, die in dem Tatbestand[2] des Berufungsurteils und in dem Sitzungsprotokoll nicht enthalten sind; ob sie schon in der Berufungsinstanz vorgebracht werden konnten oder ob sie erst danach entstanden oder der Partei bekannt oder zugänglich geworden sind, spielt keine Rolle. In bezug auf neue Tatsachen folgen wir der Terminologie Matterns[3] und bezeichnen Tatsachen, die schon vor der letzten mündlichen Berufungsverhandlung existierten, als "Alttatsachen", solche, die erst danach eingetreten sind, dagegen als "Neutatsachen".

5. Antragsänderungen und Novenverbot

Zum Abschluß unserer Betrachtung über den Umfang des von § 561 Abs. 1 erfaßten Parteivorbringens soll hervorgehoben werden, daß nach unserem Verständnis des Novenverbots die Frage nach der Zulässigkeit neuer Anträge oder von Antragsänderungen in der

1) So mit Recht Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 185 f.
2) Zum Tatbestand in diesem Sinne gehören auch die tatsächlichen Feststellungen in den Entscheidungsgründen; vgl. RGZ 80, 172 (174); Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 313, Anm. IV, 5; Wieczorek, § 561, Anm. A, I
3) JZ 1963, 649

Revisionsinstanz von § 561 Abs. 1 nicht beantwortet wird, da sie nichts mit der Richtigkeitsprüfung des Berufungsurteils zu tun hat, mit der das Novenverbot zusammenhängt. Ob und in welchem Umfang neue oder geänderte Anträge in der Revisionsinstanz gestellt werden können, wird also nicht Gegenstand unserer Untersuchung sein. Jedoch können die durch sie gewonnenen Ergebnisse hierfür mittelbar von Bedeutung sein.

Nach der Rechtsprechung des BGH - die, ebenso wie die noch strengere Auffassung des RG[1], Antragsänderungen in der Revisionsinstanz grundsätzlich ablehnend gegenübersteht[2] - ist nämlich eine Veränderung der Anträge in der Revisionsinstanz insbesondere deshalb unzulässig, weil "die rechtliche Beurteilung des neuen Klagebegehrens nur auf der Grundlage des ihm entsprechenden veränderten Sachverhalts möglich wäre. Dieser aber darf gemäß § 561 keine Berücksichtigung mehr finden."[3] Im Einklang mit dieser Argumentation hat der BGH jedoch neue Anträge zugelassen, soweit sie auf den im Revisionsverfahren zulässigen Prozeßstoff gestützt werden konnten, ohne daß tatsächliche Ergänzungen und Feststellungen erforderlich waren[4].

Ergibt nun unsere Untersuchung, daß neues Vorbringen ausnahmsweise zu berücksichtigen ist, dann müßten in Konsequenz der zuletzt[4] zitierten Rechtsprechung auch neue Anträge zulässig sein, die auf das beachtliche neue Vorbringen gestützt werden können. Die Frage, ob umgekehrt neues Vorbringen deshalb berücksichtigt werden muß, weil ein neuer Antrag in der Revisionsinstanz kraft Gesetzes zugelassen ist

---

1) Vgl. RGZ 126, 18 (20); RGZ 160, 204 (212)
2) BGHZ 24, 279 (285); BGHZ 28, 131 (136 f.); BGH WM 1957, S. 1335 (1338); BGH MDR 1961, S. 315
3) BGH NJW 1961, S. 1467
4) BGHZ 12, 52 (67); BGH WM 1957, S. 1335 (1338); BGH Betrieb 1966, S. 978

(z. B. ein Antrag nach § 717 Abs. 2), hat dagegen mit dem Novenverbot nichts zu tun. Sie wird allerdings zu bejahen sein, wenn die Zulassung des geänderten Antrags nicht sinnlos sein soll[1].

Nachdem geklärt ist, welchen Umfang das in § 561 Abs. 1 statuierte Novenverbot hat, wenden wir uns der Rechtsprechung zur Einschränkung des Novenverbots zu und prüfen, ob sich aus ihr beachtliche und allgemein tragfähige Gesichtspunkte ergeben, die es ermöglichen, generelle Kriterien für eine Einschränkung des § 561 Abs. 1 zu gewinnen.

---

1) S. oben S. 11 und S. 18

2. Teil:

Rechtsprechung und Literatur zu neuem Vorbringen in der Revisionsinstanz

I. Materiell-rechtlich erhebliche Noven

1. Veränderungen bei gewerblichen Schutzrechten

a) Im Bereich der materiell-rechtlichen Urteilserlaßvoraussetzungen findet sich die umfangreichste Rechtsprechung zum Novenproblem auf dem Gebiet der gewerblichen Schutzrechte. In Prozessen wegen Verletzung von Patenten oder Gebrauchsmustern haben RG und BGH in ständiger Rechtsprechung noch im Revisionsrechtszug die Einführung neuer Tatsachen zugelassen, mit denen Veränderungen des Schutzrechts dargetan werden sollten, wegen dessen angeblicher Beeinträchtigung die Klage erhoben worden war.

In einer Reihe von Fällen berücksichtigte die Rechtsprechung inhaltliche Änderungen des Klagepatents, die bei der endgültigen Erteilung[1] sowie infolge einer Entscheidung im Nichtigkeitsverfahren[2] oder im Beschränkungsverfahren gemäß § 36 a PatG nach der letzten Berufungsverhandlung eingetreten waren; stets legte das Revisionsgericht bei seiner Entscheidung diejenige Fassung des Patents zugrunde, die dieses bis zur letzten Verhandlung im Revisionsverfahren erhalten hatte. Allerdings geht nur im Fall BGH GRUR 1962, S. 577 aus den veröffentlichten Entscheidungsgründen hervor, daß das neue Vorbringen für das Urteil des BGH auch erheblich war: Die während des Revisionsverfahrens angeordnete und vom BGH berücksichtigte Beschränkung des Klagepa-

1) RG GRUR 1935, S. 741; BGH GRUR 1964, S. 433 (436)
2) RG GRUR 1940, S. 262; BGH LM Nr. 9 zu § 6 PatG; BGH GRUR 1966, S. 198 (199)
3) BGH GRUR 1962, S. 577 (578)

tents führte zur Aufhebung des landgerichtlichen - es handelte sich um eine Sprungrevision - Urteils und zur Zurückverweisung.

Dagegen war die Veränderung des Patents in den übrigen vorstehend[1] zitierten Entscheidungen entweder für das Ergebnis letztlich irrelevant, weil unter dem Gesichtspunkt der Patentverletzung das angefochtene Urteil bestätigt wurde[2], oder aus den Entscheidungsgründen ist nicht zu entnehmen, ob und wieweit die Veränderung das Entscheidungsergebnis beeinflußt hat.[3]

Weiterhin hat die Rechtsprechung es stets berücksichtigt, wenn ein Schutzrecht, auf dessen angebliche Verletzung eine Klage gestützt worden war, nach der letzten Berufungsverhandlung im Verletzungsprozeß entfiel, sei es, daß die Patenterteilung endgültig versagt wurde[4], daß das Patent für nichtig erklärt[5] oder das Gebrauchsmuster gelöscht wurde[6], oder sei es, daß Patent oder Gebrauchsmuster wegen Zeitablaufs[7] oder wegen Nichtzahlung der Jahresgebühren[8] erloschen waren. Dabei ist allerdings zu beachten, daß es bei den Entscheidungen zu den beiden letztgenannten Fallgestaltungen[7 u. 8] genaugenommen nicht um Ausnahmen vom Novenverbot ging. Die Parteien hatten in diesen Fällen übereinstimmend die Hauptsache für erledigt erklärt. Anerkanntermaßen hat aber das Gericht dann nicht mehr zu prüfen, ob das erledigende Ereignis tatsächlich eingetreten ist, da

---

1) Oben S. 27, Fußnoten 1 bis 3
2) RG GRUR 1935, S. 741; BGH LM Nr. 9 zu § 6 PatG
3) RG GRUR 1940, S. 262; BGH GRUR 1964, S. 433 (436); BGH GRUR 1966, 198
4) RGZ 65, 303 (304); RG GRUR 1935, S. 804; BGH GRUR 1966, S. 218 (220).
5) RG JW 1900, S. 154 Nr. 13; RG JW 1900, S. 189 Nr. 21; RGZ 63, 140 (142)
6) RG GRUR 1940, S. 35 (37); RG GRUR 1939, S. 791 (794); BGH GRUR 1963, S. 494
7) BGH GRUR 1951, S. 449 (450); BGH GRUR 1951, S. 452 (453); BGH NJW 1964, S. 590; BGH GRUR 1968, S. 33 (34); wohl auch BGH GRUR 1964, S. 433 (436)
8) RGZ 148, 400 (401 ff.)

es hierauf nicht ankommt; entscheidend ist - wie bei sonstigen Parteidispositionen über den Streitgegenstand - allein, ob die Erledigungserklärungen als Prozeßhandlungen wirksam sind.[1] Das Revisionsgericht brauchte also an sich kein neues Vorbringen zu beachten, wenn die Parteien wegen Erlöschens des fraglichen Schutzrechts übereinstimmend die Erledigung erklärten. (Motiv für die Bereitschaft des Klägers, hierbei mitzuwirken, mag dabei allerdings das Bewußtsein gewesen sein, daß das Revisionsgericht andernfalls - d. h. falls er sein Klageziel weiterverfolgt hätte - den Wegfall des Schutzrechts auf Vortrag des Beklagten hin als neue Tatsache ohnehin berücksichtigt hätte, entsprechend der ständigen Rechtsprechung zur nachträglichen Veränderung der Schutzrechtslage.)

In fast allen übrigen Fällen aber, in denen die Revisionsgerichte den Wegfall des Klageschutzrechts beachtet haben[2], kam es auf diese neuen Umstände (Versagung, Nichtigerklärung, Löschung) für die Entscheidung an.[3] Die Kläger hatten jeweils im Berufungsrechtszug - zumindest teilweise - obsiegt, RG und BGH hoben auf Grund der neuen Tatsachen auf und wiesen die Klagen ab.

Eine Besonderheit weist eine Entscheidung des BGH vom 21. 11. 1950[4] insofern auf, als der BGH hier nicht nur eine neue, auf den Bestand eines Patents bezügliche Tatsache berücksichtigte, sondern diese Tatsache sogar selbst ermittelte. Der Kläger hatte aus einem vor dem 8. 5. 1945 erteilten Patent geklagt.

---

1) Vgl. Blomeyer, § 64, II, 1; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 91 a, Anm. II, 1; Thomas-Putzo, § 91 a, Anm. 6

2) Oben S. 28, Fußnoten 4 bis 6

3) In den Entscheidungen RG GRUR 1940, S. 35 und BGH GRUR 1964, S. 433 waren die - in den Vorinstanzen erfolglosen - Klagen noch auf andere Grundlagen als die erloschenen Gebrauchsmuster gestützt worden; die Gebrauchsmuster wurden als Klagestützen ausgeschieden, die Revisionen hatten aber teilweise Erfolg.

4) NJW 1951, S. 70

Nach § 15 des 1. Gesetzes zur Änderung und Überleitung von Vorschriften auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes vom 8. 7. 1949[1] konnte ein solches sog. Alt-Schutzrecht mit Ablauf des 30. 6. 1950 nicht mehr geltend gemacht werden, wenn nicht beim Patentamt bis dahin beantragt worden war, es zu verlängern. Der 30. 6. 1950 trat während des Revisionsverfahrens ein, die Klage war also möglicherweise wegen Erlöschens des Klagepatents mit diesem Zeitpunkt unbegründet geworden. Der BGH hätte nun bei strikter Befolgung des § 561 Abs. 1 weder den Eintritt des Erlöschensdatums noch einen etwa rechtzeitig gestellten Verlängerungsantrag berücksichtigen dürfen; dann hätte sich an dem Bestand des Patents durch den Zeitablauf für die Revisionsrichter nichts geändert.

Zu dem Ergebnis, daß das fragliche Alt-Patent fortbestand, kommt auch der BGH, aber auf anderem Wege: Der erkennende Senat fragt von sich aus (!) beim Patentamt nach, ob die Klägerin einen Verlängerungsantrag gestellt hatte, und erfährt auf diese Weise, daß dies der Fall war und der Antrag auf Aufrechterhaltung des Patents Erfolg gehabt hatte. Der BGH beachtete also sowohl den Eintritt des 30. 6. 1950 als auch die von ihm selbst in das Verfahren eingeführte neue Tatsache, daß das Patentamt einem Verlängerungsantrag stattgegeben hatte.

Eine besondere Situation bestand schließlich auch in dem Fall, über den der BGH am 13. 11. 1951 zu entscheiden hatte[2]. Der Klägerin war auf Grund der 2. Verordnung über außerordentliche Maßnahmen im Patent- und Gebrauchsmusterrecht vom 12. 5. 1943[3] ein Patent erteilt worden, ohne daß vorher die Anmeldung veröffentlicht worden war (§ 2 Abs. 4 aaO). Nach § 20 des 1. Überleitungsgesetzes[4] wur-

1) WiGBl. S. 175
2) BGHZ 3, 365 ff.
3) RGBl. II, S. 150
4) WiGBl. S. 175

den derartige Patente erst mit der Veröffentlichung der Patentschrift wirksam; diese Veröffentlichung war während des Revisionsverfahrens erfolgt. Vor dem Berufungsgericht hatte die Klage auf Grund der §§ 1 UWG, 826 BGB im wesentlichen Erfolg gehabt. Der BGH berücksichtigte die Veröffentlichung der Patentschrift und zog als Klagegrundlage §§ 6, 47 PatG von dem Zeitpunkt der Veröffentlichung an in Betracht. Das Urteil des Berufungsgerichts wurde aufgehoben und die Sache zurückverwiesen, weil noch Feststellungen zum Umfang des Patents zu treffen waren. Im Unterschied zu den bisher aufgeführten Fällen wurden hier also neue Umstände beachtet, die nicht zu einer Veränderung oder zum Wegfall des Klageschutzrechts, sondern zu dessen Wirksamwerden führten.

Im Widerspruch zu dieser Entscheidung steht ein späteres Urteil des BGH[1]. Hier berücksichtigte das Gericht nur das Erlöschen eines Gebrauchsmusters, ließ jedoch nicht zu, daß die Klägerin ihren Anspruch auf eine nach Schluß der Tatsacheninstanz bekanntgemachte Patentanmeldung stützte, die gemäß § 30 PatG die Schutzwirkungen des Patents schon vor dessen endgültiger Erteilung begründete. Der BGH hält sich hier für an § 561 Abs. 1 gebunden und meint, der in der Rechtsprechung entwickelte Grundsatz, daß Veränderungen der Patentlage in der Revisionsinstanz beachtet werden müßten, gelte nur in den Fällen, in denen die Klage von vornherein auf das Patent gestützt worden sei. Die Entscheidung BGHZ 3, 365 ff. betreffe eine Ausnahmesituation und könne nicht verallgemeinert werden.

Ebenfalls unter Hinweis auf § 561 wurde neues Vorbringen in einem Patentverletzungsprozeß in der Entscheidung BGHZ 40, 332 ff. nicht zugelassen. Dort hatte die Beklagte in der Revisionsinstanz

1) BGH NJW 1964, S. 590

dem Klagepatent erstmals eine britische Patentschrift als angeblich neuheitsschädlich entgegengehalten. Damit konnte sie zwar - im Verletzungsprozeß - den Bestand des Patents nicht angreifen, sie konnte jedoch neue Kriterien für die Auslegung insofern aufzeigen, als eine neuheitsschädliche Vorveröffentlichung von Bedeutung für den Stand der Technik zum Prioritätszeitpunkt sein kann: Der Stand der Technik zu dieser Zeit grenzt den Erfindungsgedanken gegen die schon bekannten technischen Lehren ab; was nach dem Stand der Technik zur Prioritätszeit schon bekannt war, gehört nicht zum Schutzumfang des Patents.[1] Der BGH führt in der genannten Entscheidung dazu aus, daß die Auslegung des Patents nur an Hand des in den Tatsacheninstanzen festgestellten technischen Sachverhalts vorgenommen werden könne.

Zum Abschluß unseres Überblicks über die Fälle und Fallgruppen, in denen die Rechtsprechung Noven in Schutzrechts-Verletzungsprozessen zugelassen bzw. abgelehnt hat, ist festzustellen, daß es sich bei den in der Revisionsinstanz noch berücksichtigten neuen Tatsachen so gut wie ausschließlich um Neutatsachen handelte; lediglich im Fall RGZ 148, 400 ff. war das Erlöschen des Patents wegen Nichtzahlung der Gebühren schon vor der letzten Berufungsverhandlung eingetreten.

b) Die aufgezeigte weitgehende Durchbrechung des § 561 Abs. 1 im Bereich der gewerblichen Schutzrechte nötigt zu der Frage, aus welchen Gründen sich RG und BGH hierzu für berechtigt gehalten haben. Untersucht man die Entscheidungsgründe der zitierten Erkenntnisse, so stößt man hauptsächlich auf einen Gedanken, der bereits in den ersten einschlägigen RG-Entscheidungen auftaucht.

---

1) Vgl. Benkard, § 6, Anm. 92

Die Vernichtung eines Patents wird dort[1] mit dem Erlaß eines Gesetzes mit rückwirkender Kraft gleichgestellt, das vom Revisionsgericht zu beachten sei. Näher ausgeführt wird dies dann in der einige Jahre später ergangenen Entscheidung RGZ 63, 140 ff., wo ein Patent während des Revisionsverfahrens im Verletzungsprozeß vom RG in einem Nichtigkeitsverfahren für nichtig erklärt worden war. Das RG legt dem Patent die Natur eines Spezialgesetzes bei, welches subjektive Rechte mit Wirkung gegen alle schaffe wie eine objektive Rechtsnorm. Der Richterspruch, der das Patent vernichte, hebe die Rechtsnorm von Anfang an auf; an die Stelle der Rechtsnorm, die das Patent enthielt, trete der Rechtssatz des Nichtigkeitsurteils. Das RG vergleicht die Nichtigerklärung des Patents mit der authentischen Interpretation eines Gesetzes durch ein späteres.

Hieraus zieht RGZ 65, 303 ff. die Konsequenzen für die Bekanntmachung einer Patentanmeldung, die bis zur Entscheidung über die Patenterteilung die gesetzlichen Wirkungen des Patents eintreten läßt, und meint, die Bekanntmachung habe "die Bedeutung eines einstweilig erteilten Patents und folglich die Natur einer einstweiligen Rechtsnorm..."[2]

Nachdem in der Literatur Kritik an dieser Anschauung geäußert worden war[3], schwächt das RG[4] die Parallele zwischen Patent und Gesetz ab und meint, das Patent brauche nicht "einem Sondergesetz geradezu gleichgesetzt zu werden".[5] Gleichwohl sei aber am Ergebnis festzuhalten. Der Umstand, daß das Patent von einer Behörde als ein Recht von ausschließlicher Art erteilt werde, ermögliche und rechtfertige es nach wie vor, Patent und Gesetz entsprechend zu

1) RG JW 1900, S. 154 Nr. 13; RG JW 1900, S. 189 Nr. 21
2) RGZ 65, 304
3) Isay, § 10, Anm. 16; Krauße, § 1, Anm. 1 c
4) RGZ 148, 400 ff.
5) RGZ 148, 402

beurteilen.[1]

Diese Argumentation, mit der begründet werden sollte, warum der Wegfall eines Patents bzw. der Wirkungen einer Anmeldungsbekanntmachung vom Revisionsgericht zu berücksichtigen sei, wurde in der Folgezeit auch auf andere Veränderungen der Patentlage[2] übertragen, während bei weiteren Entscheidungen des RG zum Wegfall von Patentrechtswirkungen[3] eine Begründung nicht mehr gegeben bzw. durch Verweisung auf die Entscheidung RGZ 63, 140 ff. ersetzt wird.[4] Die Löschung eines Gebrauchsmusters wird der Vernichtung eines Patents gleichgestellt.[5]

In der Rechtsprechung des BGH finden sich keine neuen Gesichtspunkte. Der BGH bezieht sich - sofern er überhaupt eine Begründung gibt[6] - auf die bisherige Rechtsprechung[7]. In BGH GRUR 1962, S. 578 heißt es, diese Rechtsprechung zur Berücksichtigung neuer Umstände stelle eine in den Besonderheiten des Patentrechts begründete Ausnahme dar. In dem Fall, in dem der BGH eigene Ermittlungen beim Patentamt angestellt hatte[8], beruft er sich auf die Rechtsprechung des RG und meint, danach sei der Wegfall eines Patents von Amts wegen zu beachten.

c) Die Berücksichtigung neuen Vorbringens zur Veränderung der Schutzrechtslage erscheint vom Ergebnis

1) RGZ 148, 402
2) RG GRUR 1940, S. 262
3) RG GRUR 1935, S. 804; RG GRUR 1935, S. 741
4) So in RG GRUR 1935, S. 804
5) RG GRUR 1939, S. 791 (794); RG GRUR 1940, S. 35
6) Sie fehlt in den Entscheidungen BGH GRUR 1951, S. 449; BGH GRUR 1963, S. 494; BGH GRUR 1966, S. 218
7) So in den Entscheidungen BGHZ 3, 365 (367 f.); BGH LM Nr. 9 zu § 6 PatG; BGH GRUR 1964, S. 433; BGH NJW 1964, S. 590
8) BGH NJW 1951, S. 70; s. dazu oben S. 29 f.

her in den Fällen sinnvoll, in denen die Noven für die Entscheidung überhaupt erheblich sind.
Wird z. B. während des Revisionsverfahrens im Verletzungsprozeß das die Klage stützende Patent durch ein Nichtigkeitsurteil aufgehoben, und wird der Klage dennoch stattgegeben, so wird der Beklagte zwangsläufig zu einem zweiten Prozeß nach § 767 gedrängt. Das ist den Beteiligten in der Regel auch bewußt; es ist sogar denkbar, daß derselbe Senat des Revisionsgerichts, der im Verletzungsprozeß entscheidet, auch über die Berufung gegen die Entscheidung des Nichtigkeitssenats beim Bundespatentgericht (§ 42 PatG) zu befinden hatte[1] und das Patent selbst vernichtet hat, auf Grund dessen er im Verletzungsprozeß bei strikter Befolgung des § 561 Abs. 1 die Klage zusprechen müßte.

Die Begründung aber, die wir in der Rechtsprechung vorfinden, vermag einer Kritik nicht standzuhalten. Daß die Erteilung eines Patents oder Gebrauchsmusters kein Gesetzgebungsakt, sondern ein Verwaltungsakt ist, ist dem RG schon verhältnismäßig frühzeitig entgegengehalten worden[2] und heute nicht mehr zweifelhaft[3]; der Patenterteilungsbeschluß enthält keinerlei abstrakt - generelle Regelung, sondern weist im konkreten Einzelfall dem Antragsteller eine Rechtsposition zu. Befremden muß auch die Auffassung, daß auch die Gerichtsentscheidung, die ein Patent für nichtig erklärt, eine Rechtsnorm sein

---

1) So lag tatsächlich der Fall RGZ 63, 140 ff.; die Berufung war allerdings nach der damaligen Rechtslage (§ 33 des PatG vom 7. 4. 1891) gegen die Entscheidung des Patentamts gerichtet.
2) Vgl. Kisch, Handbuch S. 135, 256 Fußnote 17; Krauße, § 1, Anm. 1 c mit Nachweisen aus der älteren Literatur
3) Vgl. BPatGE 1, 1; BPatGE 1, 15; Benkard, § 1, Anm. 91; Busse, § 1, Anm. 1; Klauer-Möhring, § 35, Anm. 2; Lindenmaier, § 1, Anm. 3; Schwinge, S. 111; Schwerdtner, GRUR 1968, S. 9 f.; Hesse, GRUR 1972, S. 676. Auch der BGH hat gelegentlich (BGHZ 18, 81, 92) die Patenterteilung als Verwaltungsakt bezeichnet, später jedoch wieder auf die reichsgerichtliche Rechtsprechung Bezug genommen (z. B. in BGH GRUR 1964, S. 221).

soll, welche die andere Norm (das Patent als Spezialgesetz) aufhebt, ändert oder "authentisch interpretiert".[1] Am wenigsten haltbar ist aber die Argumentation mit einer "einstweiligen Rechtsnorm"[2] im Hinblick auf die Wirkungen, die von der Bekanntmachung einer Anmeldung ausgehen; es bleibt ganz unklar, um welch ein Gebilde es sich dabei handeln soll.

Die Rechtsprechung ist auch nicht frei von Widersprüchen. Während in der Entscheidung BGHZ 3, 365 ff. berücksichtigt wurde, daß ein Patent während des Revisionsverfahrens wirksam geworden war, blieben in BGH NJW 1964, S. 590 die Wirkungen einer Patentanmeldung mit anschließender Bekanntmachung unbeachtet. Nach der Theorie von der "einstweiligen Rechtsnorm" hätte der BGH die Wirkungen der Bekanntmachung seiner Entscheidung zugrundelegen müssen.

Abgesehen davon, daß die "Gesetzestheorie" der Rechtsprechung heute dogmatisch überholt ist, führt sie auch praktisch zu unhaltbaren Konsequenzen[3]. Wäre das Patent ein Spezialgesetz, dann müßte der Kläger im Streitfall sein Patent und seine Rechtsinhaberschaft nicht beweisen, denn das Gericht hätte von sich aus die Gesetzeslage zu ermitteln. Der Kläger bräuchte also nichts zu tun, um seine Rechtsposition zu verteidigen, er könnte alle Aufklärung dem Gericht überlassen.

Nun braucht mit dem Einwand, daß das Patent kein Gesetz sei, noch nicht darüber entschieden zu sein, ob deshalb auch Noven zur Veränderung der Patentlage im Revisionsverfahren ausgeschlossen sein müssen; in der Tat wird ihre Berücksichtigung auch von Autoren für zulässig gehalten, die die reichsgerichtliche Argumentation ablehnen.[4] Man könnte meinen,

---

1) RGZ 63, 140 (142 f.)
2) RGZ 65, 304
3) S. dazu Hesse, GRUR 1972, S. 675 (676)
4) Benkard, § 47, Anm. 89; S. 675 (676); Lindenmaier, § 1, Anm. 3 (der Rechtsprechung sei aus prozeßökonomischen Gründen zuzustimmen); Klauer-Möhring, § 47, Anm. 64

die vom RG gezogene Parallele sei überholtem begrifflichem Konstruktivismus entsprungen, dahinter stehe aber möglicherweise die Erkenntnis, daß es aus besonderen Gründen des Revisionsrechts oder des Patentrechts geboten sei, eine Veränderung der Patentlage ebenso zu beachten wie eine neue Gesetzgebung. Es ist jedoch nicht ersichtlich, worin die Gemeinsamkeit zwischen einer Änderung der Gesetzgebung während des Revisionsverfahrens - die nach heute einhelliger Ansicht vom Revisionsgericht beachtet werden muß[1] - und einer Änderung der Schutzrechtslage noch bestehen soll, wenn man dem Schutzrecht keinen Gesetzescharakter zuerkennt, oder welche "Besonderheiten des Patentrechts"[2] eine Behandlung rechtfertigen, die von der anderer klagebegründender Umstände abweicht. Vielmehr erscheint die Situation bei Wegfall eines Patents mit der vergleichbar, daß einer Partei während des Revisionsverfahrens eine sonstige klagebegründende Rechtsposition verloren geht. Die Existenz eines Schutzrechts ist eine Tatbestandsvoraussetzung dafür, daß etwa eine Verletzungshandlung nach §§ 6, 47 PatG den Verletzer schadensersatzpflichtig macht. Warum die Verletzungsklage eines Patentrechtsinhabers sogleich abgewiesen werden soll, wenn das Patent im Revisionsverfahren wegfällt, während ein sonstiger Rechtsinhaber wegen § 561 Abs. 1 noch Erfolg hat, auch wenn seine Klage unbegründet geworden ist, und der Gegner des letzteren auf den Weg des § 767 angewiesen ist, ist nicht ersichtlich; Interessen Dritter, die es verbieten würden, Patentschutz noch zu gewähren, wenn kein Patent mehr besteht, stehen nicht auf dem Spiel. Allgemeine revisionsrechtliche Gesichtspunkte für eine Einschränkung des § 561 Abs. 1

1) S. dazu unten S. 147 ff.
2) BGH GRUR 1962, S. 578

finden sich aber in der bisher besprochenen Rechtsprechung nicht.

Es bleibt daher festzuhalten, daß die Rechtsprechung zur Novenzulassung im Bereich gewerblicher Schutzrechte jedenfalls mit der von ihr gegebenen Begründung nicht überzeugen kann.

d) Auch die zahlreichen Stimmen in der patentrechtlichen Literatur, die die vorstehend dargestellte Rechtsprechung billigen[1], liefern keine Argumente, welche die Entscheidungen zu tragen vermöchten. Abgesehen von Äußerungen, die sich mit zustimmender Zitierung der Rechtsprechung begnügen[2], finden wir Hinweise auf Prozeßökonomie[3] und Billigkeit[4].

Isay[5] will der Rechtsprechung nur folgen, soweit sie die nachträgliche Erteilung oder Versagung von Patenten berücksichtigt, weil es sich dabei um Entscheidungen handele, deren Rechtswirkung maßgebend für die Entscheidung des Zivilrichters sei, und § 561 sich auf derartige Entscheidungen nicht beziehe. Warum dies aber so sein soll, bleibt offen; aus § 561 läßt sich für eine derartige Einschränkung im Hinblick auf präjudizielle Entscheidungen kein Anhaltspunkt gewinnen.[6]

Nach Möhring[7] soll der neueste Umfang des Patents im Revisionsverfahren deshalb zu berücksichtigen sein, weil das Revisionsgericht zur freien Auslegung des Patents berechtigt sei. Aus einer solchen Befugnis mag zwar folgen, daß das Revisionsgericht den Stand der Technik von sich aus ermitteln kann und daß

---

1) Benkard, § 47, Anm. 89; Busse, § 47, Anm. 4; Klauer-Möhring, § 47 Anm. 64, 90; Reimer-Neumar, § 13, Anm. 33; Lindenmaier, § 1, Anm. 3 und § 13, Anm. 22; Bussmann-Pietzcker-Kleine, § 10, VI; Möhring, Mitt. 1959, S. 241
2) Benkard, aaO; Busse, aaO; Klauer-Möhring, aaO; Reimer-Neumar, aaO
3) Bussmann-Pietzcker-Kleine, aaO; Krauße, aaO
4) Bussmann-Pietzcker-Kleine, aaO
5) § 10, Anm. 16
6) Schwerdtner, GRUR 1968, S. 15
7) Mitt. 1959, S. 244 f.

ihm deshalb die Parteien neues Druckschriftenmaterial hierzu vorlegen dürfen[1], aber es kann daraus nicht hergeleitet werden, daß auch Veränderungen im Bestand des Schutzrechts durch bestimmte Ereignisse (wie endgültige Erteilung, Löschung, Vernichtung etc.) zu beachten sind, da hierdurch das Auslegungsobjekt selbst umgestaltet wird.[2]

Im zivilprozessualen Schrifttum finden die Ergebnisse der Rechtsprechung zur Veränderung der Schutzrechtslage ebenfalls weithin[3] Unterstützung, allerdings in der Regel[4] aus ganz anderen Gründen[5], als sie von der Rechtsprechung angeführt werden. Da es sich bei den von der Rechtsprechung im Revisionsverfahren zugelassenen Vorgängen durchweg um unstreitige Tatsachen handelte - nämlich um behördliche oder gerichtliche Akte bei Erteilung, Versagung oder Veränderung des Schutzrechts sowie um dessen Erlöschen wegen Zeitablaufs oder Nichtzahlung der Gebühren - kann sich die Praxis der Revisionsgerichte auf die im Vordringen begriffene Ansicht[6] stützen, nach der alle materiell - rechtlich erheblichen Umstände,

---

1) So Möhring, Mitt. 1959, S. 245
2) Gegen Möhring auch Schwerdtner, GRUR 1968, S. 15 Fußnote 106
3) Anders noch Förster-Kann, § 561, Anm. 4 c; Stein-Jonas, 8. und 9. Auflage, § 561, Anm. I, 4; Seuffert-Walsmann, 11. Auflage, § 561, Anm. 2 c
4) Soweit ersichtlich, halten nur Sydow-Busch, § 561, Anm. 4, sowohl Ergebnisse als auch Begründung der Rechtsprechung für richtig
5) Ohne eigene Begründung stimmen der Rechtsprechung zu Blomeyer, § 104, V, 2 b; Rosenberg-Schwab, § 146, II, d, 1 (beide für Behördenakte); Baumbach-Lauterbach, § 561, Anm. 2 C (für Vernichtung, Teilvernichtung und Klarstellung); Zöller, § 561, Anm. 1
6) Sie wird im Anschluß an Mattern, JZ 1963, S. 649 (653); bisher vertreten von Baumbach-Lauterbach, § 561, Anm. 3 E; Stein-Jonas-Grunsky, § 561, Anm. II, 2, g (nur für Neutatsachen); Lent-Jauernig, § 74, IV, A, 1 (mit der Einschränkung, daß die Berücksichtigung der neuen Tatsachen einen zweiten Prozeß vermeidet); Rosenberg-Schwab, § 146, II, 3 h; Zeiß, § 83, VII, A, 3 d; Schumann, Anm. zu BAG AP § 554 a ZPO Nr. 8 und AP § 133 f. GewO Nr. 20; wohl auch Bruns, § 54, VII, 1 a

die nichtbeweisbedürftig - weil unstreitig oder offenkundig - sind, im Revisionsverfahren vorgebracht werden können, ohne das Novenverbot zu verletzen; die Vertreter dieser Meinung verweisen denn auch z. T.[1] gerade auf die oben dargestellten Fälle der Rechtsprechung als Anwendungsgebiet ihrer Theorie.

Dieser revisionsrechtliche Ansatzpunkt bedarf näherer Untersuchung; eine solche soll jedoch erst stattfinden, nachdem alle Fallgestaltungen der Rechtsprechung erörtert worden sind. Da der formale Gesichtspunkt der Nichtbeweisbedürftigkeit für alle - in der folgenden Darstellung nach dem inhaltlichen Bezug geordneten - Kategorien von Noven beachtlich sein kann, wollen wir uns zunächst einen Überblick über Art und Umfang dieser Gruppen und über die Begründungen für ihre Zulassung verschaffen, um danach die Bedeutung des übergreifenden Gesichtspunkts erfassen zu können.

2. Der Eintritt eines Kalenderdatums

a) In der Beantwortung der Frage, ob der Eintritt eines bestimmten Kalenderdatums nach Abschluß der Berufungsinstanz, also eine Neutatsache, vom Revisionsgericht zu beachten sei, hat die Rechtsprechung mehrfach geschwankt.

Erstmalig hatte sich das RG in der Entscheidung RGZ 57, 46 ff. mit einem Fall zu befassen, in dem der Ablauf der Zeit eine Rolle spielte. Der Kläger wies in der Revisionsinstanz darauf hin, daß auch nach der Sachdarstellung des Beklagten die eingeklagte Darlehensforderung inzwischen fällig geworden sei und machte geltend, der Beklagte habe dennoch nicht gezahlt. Nach Ansicht des RG[2] konnte der Datums-

1) Baumbach-Lauterbach, § 561, Anm. 3, E; Mattern, JZ 1963, 653
2) RGZ 57, 47 f.

eintritt wegen § 561 nicht für die Entscheidung verwertet werden. Zwar beruhe die Annahme des Eintritts der Fälligkeit nicht auf neuen tatsächlichen Anführungen, sondern auf dem Ablauf der Zeit. Eine Verurteilung des Beklagten auf Grund des inzwischen nach dem Vortrag beider Parteien eingetretenen Fälligkeitsdatums könne ihn aber in seiner Rechtsverteidigung beschränken, weil er möglicherweise daraufhin gezahlt habe, mit einem entsprechenden Einwand aber in der Revisionsinstanz nicht zu hören sei.[1]

Zu einem entgegengesetzten Ergebnis kommt der VII. Zivilsenat des RG in der Entscheidung RGZ 88, 178 ff. Hier war die Beklagte vom Berufungsgericht zu einer künftigen Zahlung verurteilt worden. Während des Revisionsverfahrens trat der im Berufungsurteil genannte Fälligkeitstermin ein. Das RG berücksichtigte dies und wies die Revision der Beklagten zurück, ohne zu prüfen, ob - was offenbar von der Revision der Beklagten bezweifelt worden war - die vom Berufungsgericht angenommenen Voraussetzungen des § 257 gegeben waren. Zur Begründung führt das RG aus, der Datumseintritt sei keine neue Tatsache, deren Berücksichtigung unzulässig sei, sondern die Tatsache des Eintritts des Kalendertags sei in ihrer Bedeutung für das Rechtsverhältnis schon in den Vorinstanzen geltend gemacht und in den Urteilen beider Instanzen berücksichtigt worden. Die Verurteilung der Beklagten aufrechtzuerhalten, entspreche auch dem Grundsatz, daß eine unnötige Vervielfältigung der Prozesse zu verhüten sei.

In einer nur etwa 3 Monate nach dem soeben genannten Urteil veröffentlichten Entscheidung[2] weicht der

---

1) RGZ 57, 48
2) RGZ 88, 373 ff.

VI. Zivilsenat des RG bereits wieder von diesem Standpunkt ab. Der Termin, mit dessen Eintritt nach dem Vortrag des Beklagten die eingeklagte Forderung erst fällig sein sollte, war in der Revisionsinstanz verstrichen. Obwohl auch in diesem Fall der behauptete Fälligkeitstermin in seiner Bedeutung für das Rechtsverhältnis in der Vorinstanz vorgetragen war und nach den Grundsätzen von RGZ 88, 178 ff.[1] daher keine unzulässige neue Tatsache darstellte, berücksichtigte der VI. Zivilsenat ihn nicht. In der Begründung heißt es unter Hinweis auf RGZ 57, 47[2] lediglich, daß die Fälligkeit erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz eingetreten sei.[3]

Nicht beachtet wird der Eintritt eines entscheidungserheblichen Datums auch vom OGH in 2 Entscheidungen, von denen nur die erste[4] näher begründet ist, während die zweite[5] auf sie verweist. Im ersten Urteil meint der OGH, das Revisionsgericht könne den Eintritt der Fälligkeit nach der letzten Tatsachenverhandlung selbst dann nicht berücksichtigen, wenn er nicht auf neuem tatsächlichem Vorbringen, sondern auf dem Ablauf der Zeit beruhe; der OGH sieht also, ebenso wie das RG in der erstgenannten Entscheidung[6], den Zeitablauf nicht als neue Tatsache an. Auch im übrigen folgt der OGH dem genannten RG-Urteil: Die Verteidigung des Beklagten dürfe nicht beschränkt werden; das geschehe aber, wenn der Eintritt der Fälligkeit beachtet werde, weil Einwände des Beklagten (etwa der der Stundung) nicht berücksichtigt werden könnten.

---

1) S. oben S. 41
2) S. oben S. 40 f.
3) RGZ 88, 373 (375)
4) OGHZ 1, 326 f.
5) OGHZ 1, 347 (349)
6) RGZ 57, 46 ff. Dazu oben S. 40 f.

Gegen diesen letzteren Gesichtspunkt wendet sich der BGH in seiner - soweit ersichtlich - bisher einzigen Entscheidung, in der er sich mit dem Problem des Datumseintritts ausdrücklich auseinandersetzt.[1] Dort war in den Vorinstanzen zwischen den Parteien unstreitig gewesen, daß die eingeklagte Darlehensschuld, wenn sie überhaupt bestünde, jedenfalls erst zu einem nach Erlaß des Berufungsurteils eintretenden Zeitpunkt fällig werden würde. Das Berufungsgericht hatte die Klage mangels Fälligkeit der Forderung abgewiesen; der Fälligkeitszeitpunkt war während des Revisionsverfahrens eingetreten. Der BGH beachtete dies, hob das Berufungsurteil auf und verwies die Sache zurück.

Daß die Berücksichtigung der neuen Tatsache die Verteidigung der beklagten Partei nicht unangemessen beschränkt, ergibt sich nach Ansicht des BGH daraus, daß der Beklagte, der etwa am Fälligkeitstag erfüllt habe, gegen ein zu seinen ungunsten ergehendes Urteil mit der Vollstreckungsgegenklage vorgehen könne. Dagegen führe die Abweisung mangels Fälligkeit zu einer unnötigen Vervielfältigung des Prozesses und widerstreite somit dem Grundsatz der Prozeßwirtschaftlichkeit. Von der zuerst erörterten RG-Entscheidung[2] und von der zitierten Rechtsprechung des OGH[2] rückt der BGH ausdrücklich ab und führt unter Berufung auf RGZ 88, 178 ff.[4] aus, daß es sich bei der lediglich an einen künftigen Kalendertag geknüpften Fälligkeit der Klageforderung, die bereits in den Vorinstanzen Gegenstand der Verhandlung war, nicht um eine neue oder neu vorgebrachte Tatsache handele, die nach § 561 nicht zu berücksichtigen wäre.

Wie wir bereits gesehen haben[5], spielte der Ablauf

1) BGH LM Nr. 1 zu § 240 BGB
2) RGZ 57, 46 ff. S. oben S. 40 f.
3) Oben S. 42
4) S. oben S. 41
5) Oben S. 28 zu Fußnote 7)

der Zeit auch in einigen Entscheidungen des BGH eine Rolle, in denen er für das Erlöschen eines Patents oder Gebrauchsmusters erheblich war und auch im Revisionsverfahren berücksichtigt wurde[1]; der BGH gibt aber keine Begründung hierfür. Dazu bestand auch in fast allen der genannten Fälle[2] keine Veranlassung, weil die Parteien nach Eintritt des Erlöschensdatums die Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt hatten.[3]

Aus Hinweisen in der Entscheidung BGHZ 53, 128 ff. und in der Literatur[4] ist zu entnehmen, daß der BGH in einem Urteil vom 24. 1. 1962 - V ZR 6/61 - den Eintritt der Volljährigkeit einer Partei berücksichtigt hat, wodurch das Erfordernis vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung entfiel; diese Entscheidung ist jedoch unveröffentlicht, so daß ihre Begründung nicht überprüft werden kann.

Ohne eine Begründung hat schließlich das BAG den Zeitablauf in 2 Fällen[5] beachtet, in denen es um befristete Wettbewerbsverbote ging. In beiden Entscheidungen hatten Arbeitgeber gegen frühere Angestellte mit dem Begehren geklagt, eine Tätigkeit bei einem Konkurrenzunternehmen bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zu unterlassen, und beide Male war in der Revisionsinstanz dieser - sich aus einen zwischen den Parteien vereinbarten Wettbewerbsverbot ergebende - Termin eingetreten. Das BAG berücksichtigte den Datumseintritt und wies im ersten Fall[6] die Klage ab[7], während es im zweiten[8] zuließ, daß die Arbeit-

1) Nachweise oben S. 28, Fußnote 7)
2) Außer im Fall BGH NJW 1951, S. 70
3) S. dazu oben S. 28 f.
4) Mattern, JZ 1963, S. 652; Rosenberg-Schwab, § 146, II, 3 g; Stein-Jonas-Grunsky, § 561, II, 2 g
5) BAG AP § 554 a ZPO Nr. 8; BAG AP § 133 f. GewO Nr. 20
6) BAG AP § 554 a ZPO Nr. 8
7) Dagegen Schumann, der in seiner Anmerkung zu dieser Entscheidung dem BAG vorhält, es hätte dem Beklagten Gelegenheit geben müssen, zur Feststellungsklage überzugehen oder die Erledigung der Hauptsache zu erklären.
8) BAG AP § 133 f. GewO Nr. 20

geberin ihren Unterlassungsantrag in einen Feststellungsantrag änderte.

b) Untersucht man die uneinheitliche Rechtsprechung auf ihre tragenden Gedanken, so fällt auf, daß der Eintritt eines bestimmten Kalenderdatums während des Revisionsverfahrens sowohl in den Entscheidungen, die ihn beachten, wie auch in denen, die ihn unberücksichtigt lassen, nicht als neue Tatsache angesehen wird. Die beiden Entscheidungen, die den Zeitablauf mit näherer Begründung verwerten[1], stellen darauf ab, daß der Eintritt des Kalendertags in seiner Bedeutung für das Rechtsverhältnis schon in den Vorinstanzen geltend gemacht worden ist und nehmen aus diesem Grunde kein neues Vorbringen an. Nach der frühen RG-Entscheidung[2] und der ihr folgenden OGH-Rechtsprechung[3] stehen sich Zeitablauf und neues tatsächliches Vorbringen als Gegensätze gegenüber (der Eintritt der Fälligkeit soll nicht auf neuen Tatsachen, sondern auf dem Ablauf der Zeit beruhen), der Zeitablauf gehört also nicht zu den Noven. Der Hinweis des RG[4], der Datumseintritt könne wegen § 561 nicht verwertet werden, kann dann nur so verstanden werden, daß § 561 Abs. 1 eventuelle nachträgliche Einwände des Gegners ausschaltet und so zu der unzulässigen Beschränkung seiner Verteidigung führt, von der das RG spricht[5], und wegen der es letztlich den Zeitablauf nicht berücksichtigen zu können glaubt.

Nach der Argumentation der Rechtsprechung kann also das Novenverbot die Berücksichtigung eines Datumseintritts zumindest dann nicht hindern, wenn schon in der Vorinstanz vorgetragen war, daß und inwiefern

---

1) RGZ 88, 178 ff.; BGH LM Nr. 1 zu § 240 BGB
2) RGZ 57, 46 ff.
3) OGHZ 1, 326 f.; OGHZ 1, 347 ff.
4) RGZ 57, 47
5) RGZ 57, 48

es hierauf ankomme, weil dann keine neue Tatsache vorliegen soll. Der Verwertung des angeblich schon Prozeßstoff gewordenen Umstandes kann dann nach der Rechtsprechung nur noch das Argument entgegenstehen, daß eine Partei in ihrer Verteidigung behindert werde; hält man diesen letzteren Gesichtspunkt mit dem BGH[1] für unerheblich, dann bedarf es vom Ausgangspunkt der Rechtsprechung her keiner Begründung mehr mit Erfordernissen der Prozeßökonomie, um den Zeitablauf dem Urteil zugrunde legen zu können.

Der Ausgangspunkt der Rechtsprechung vermag jedoch nicht zu überzeugen. Nehmen wir an, nach dem Sachverhalt des angefochtenen Berufungsurteils trete die Fälligkeit der eingeklagten Forderung erst zu einem späteren Termin ein; z. Z. des Berufungsverfahrens sei die Klage aber noch unbegründet gewesen und deshalb abgewiesen worden. Die Bedeutung des bestimmten Kalendertags für das streitige Rechtsverhältnis ist dann bereits Gegenstand des Prozesses gewesen. Tritt dieser Tag nun während des Revisionsverfahrens ein und wird dies vom Revisionsgericht beachtet, dann ist das Berufungsurteil - sofern es im übrigen richtig war - allein aus diesem Grunde aufzuheben und die Klage zuzusprechen. Nach Ansicht der Rechtsprechung geschieht dies aber, ohne daß sich der vom Revisionsgericht zu beurteilende Sachverhalt geändert hätte, weil der Datumseintritt keine neue Tatsache sein soll. Dann müßten auf Grund derselben Sach- und Rechtslage zwei entgegengesetzte Entscheidungen ergehen, die beide zu der Zeit, als sie erlassen wurden, richtig waren. Dies ist offenbar unmöglich; eine richtige Entscheidung kann nicht unrichtig werden, ohne daß sich der zu beurteilende Prozeßstoff oder das auf diesen anzuwendende Recht geändert haben.

---

1) BGH LM Nr. 1 zu § 240 BGB; s. dazu oben S. 43

Vielmehr muß angenommen werden, daß sich durch den Eintritt des Datums der Sachverhalt insofern ändert, als der bestimmte Termin, auf den es nach dem Tatbestand des Berufungsurteils ankommt, ein zukünftiger ist, während er im Revisionsverfahren gegenwärtig wird. Mag auch die Bedeutung des Termins im Berufungsurteil erschöpfend gewürdigt worden sein, sein Eintritt konnte aber noch nicht festgestellt werden, und gerade um diese Feststellung ergänzt das Revisionsgericht den Sachverhalt, wenn es das eingetretene Datum berücksichtigt. Es liegt also eine Tatsache vor[1], deren Berücksichtigung entgegen § 561 Abs. 1 eine Auseinandersetzung mit dieser Vorschrift erfordern würde; revisionsrechtliche Argumente fehlen aber in der dargestellten Rechtsprechung völlig.

c) Schumann hat in seinen Anmerkungen zu den Urteilen des BAG[2] ausgeführt, daß die Zulassung der Tatsache des Fristablaufs in Fällen der dort entschiedenen Art wünschenswert sei, weil dadurch der allgemeine Zweck des Prozesses, im Interesse der Friedenswahrung eine endgültige Streitbereinigung herbeizuführen, erreicht werde, ohne daß Grundsätze des Revisionsrechts angetastet würden. Vor allem führe die Beachtung des Fristablaufs nicht zu eigenen Tatsachenfeststellung oder -würdigung durch das Revisionsgericht. Mit diesem letzteren Argument reiht sich Schumann in die Gruppe der Autoren ein, die nichtbeweisbedürftiges Vorbringen vom Revisionsgericht beachtet wissen wollen.[3] Nach dieser Meinung kann der Eintritt eines Kalenderdatums stets vorgebracht werden, weil dieses Ereignis offenkundig ist, allerdings unter der Voraussetzung, daß die

---

1) Ebenso Schumann in den Anmerkungen zu BAG AP § 554 a ZPO Nr. 8 und BAG AP § 133 f. GewO Nr. 20. Die neue Tatsache besteht nach Schumann in der Verwirklichung einer alten, d. h. einer bereits Prozeßstoff gewordenen.

2) S. oben S. 44, Anm. 5)

3) Nachweise oben S. 39, Anm. 6)

weiteren Tatsachen, die den Zeitablauf erst für das Verfahren erheblich machen, bereits in der Vorinstanz vorgetragen worden oder selbst nicht beweisbedürftig sind.[1]

Dagegen vermag der Hinweis Schumann auf den allgemeinen Prozeßzweck der Friedenswahrung nichts zur Lösung beizutragen, weil mit diesem Argument konsequenterweise die gänzliche Nichtanwendung des § 561 Abs. 1 gefordert werden müßte. Denn in allen Fällen, in denen erhebliche Neutatsachen nicht vorgebracht werden dürfen, wird ein weiterer Prozeß erforderlich und somit die endgültige Streitbereinigung hinausgeschoben; dies war aber dem Gesetzgeber bewußt und ist von ihm in Kauf genommen worden.[2] Der prozeßökonomische Gedanke allein - den auch Schwab[3] ins Feld führt - kann es nicht rechtfertigen, die vorgeschriebenen Bahnen des Revisionsverfahrens zu verlassen.

3. Die Erteilung von Devisengenehmigungen

In 2 Entscheidungen aus den Jahren 1935/36 berücksichtigte das RG devisenrechtliche Genehmigungen, die nach den seinerzeit geltenden Devisenbestimmungen[4] Voraussetzung für die Verurteilung in den betreffenden Fällen waren, und die erst während des Revisionsverfahrens beigebracht wurden (Neutatsachen).

Im ersten dieser beiden Urteile[6] wird die Berücksichtigung der neuen Tatsache damit begründet, daß § 23 Devisenordnung[5] eine unbeschränkte, d. h. - nach Ansicht des RG - auch das Revisionsgericht bindende Aussetzungspflicht anordne. Dann müßten auch

1) So zutreffend Mattern, JZ 1963, S. 653
2) S. dazu oben S. 5 ff.
3) Rosenberg-Schwab, § 146 II, 3 g
4) S. DevisenG vom 4. 2. 1935 (RGBl. I, S. 106), VO über die Devisenbewirtschaftung vom 23. 5. 1932 (RGBl. I, 231)
5) § 23 Abs. 1 lautet: "Wird auf eine genehmigungsbedürftige Leistung geklagt, so ist das Verfahren auf Antrag einer Partei auszusetzen, bis die Entscheidung der Stelle für Devisenbewirtschaftung ergangen ist."
6) RG HRR 1935, Nr. 812

die Tatsachen, die die Aussetzung beendeten (also die Entscheidung der Devisenstelle), in der Revisionsinstanz beachtet werden.

Daran ist sicher soviel richtig, daß eine Aussetzung in der Revisionsinstanz nur sinnvoll ist, wenn die Erteilung oder Verweigerung der Devisengenehmigung bei der Entscheidung auch verwertet werden darf. Fraglich ist aber gerade, ob § 23 Devisenordnung sich auch auf das Revisionsverfahren beziehen und die ZPO (§ 561 Abs. 1) insoweit ändern sollte, als sie der Berücksichtigung einer neu vorgelegten Genehmigung entgegenstand und damit auch einer Aussetzung zu dem Zweck, eine solche zu beschaffen. Man könnte die Frage - im Gegensatz zum RG - ebensogut verneinen; das Revisionsgericht müßte dann, wenn eine vorgeschriebene Genehmigung fehlte, eine zu einer genehmigungsbedürftigen Leistung verurteilende Berufungsentscheidung aufheben und die Klage abweisen.[1] Der Kläger könnte die Genehmigung in einem zweiten Prozeß verwerten. Wenn das RG annahm, das Novenverbot sei durch das Devisenrecht eingeschränkt worden, dann hätte es dies näher begründen und aufzeigen müssen, welche devisenrechtlichen Gesichtspunkte mit den Zielen des § 561 Abs. 1 kollidierten, und warum den ersteren der Vorrang zukomme.

Dieser Vorrang wird auch in der zweiten einschlägigen Entscheidung[2] zugrunde gelegt, aber ebenso wenig wie in der ersten näher begründet. Die Abänderung des § 561 Abs. 1 wird mit Rücksicht auf öffentliche Belange und auf das öffentliche Wohl motiviert: Dieses gebiete es, devisenrechtliche Genehmigungen auch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfen. Weiter führt das RG aus[3]: "Soweit diese Prüfungspflicht reicht, ist es unumgänglich not-

1) Ebenso Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 47
2) RGZ 150, 330 ff.
3) RGZ 150, 334

wendig, alle Voraussetzungen der Leistungspflicht der Beklagten ins Auge zu fassen und auch solche Tatsachen zu beachten und festzustellen, die zu diesem Zweck neu vorgetragen werden. In den Grenzen dieser Prüfungspflicht besteht kein verfahrensrechtliches Hindernis etwa der in § 561 Abs. 1 bezeichneten Art." Das RG zieht sodann die Parallele zur Rechtsprechung über die von Amts wegen zu prüfenden Prozeßvoraussetzungen, wo im Rahmen dieser Prüfung den Parteien eingeräumt wird, neue Tatsachen vorzutragen.[1] Schließlich heißt es, diese Auffassung entspreche auch allein den Grundsätzen einer gesunden Prozeßführung. Das Bestreben der neueren Verfahrensgesetze, Prozeßverschleppungen und unnütze Rechtsstreitigkeiten oder gar die Wiederholung von Prozessen nach Möglichkeit auszuschließen, rechtfertige es vollauf, das Verbot der Beachtung neuen Vorbringens in der Revisionsinstanz auf Fälle der vorliegenden Art nicht anzuwenden.

Man kann dem Ergebnis des RG insoweit zustimmen, als es praktisch erscheinen mag, ein OLG-Urteil nicht wegen Fehlens einer Genehmigung aufzuheben und den Prozeß durch Zurückverweisung zu verlängern oder gar den Kläger zu einer zweiten Klage zu veranlassen, wenn das Revisionsgericht die fragliche Genehmigung bereits vor Augen gehabt hat, mag sie auch erst während des Revisionsverfahrens eingereicht worden sein.[2] Es fehlt aber eine Erklärung dafür, warum gerade die öffentlichen Belange, denen das Devisenrecht dienen soll, es nicht zulassen, daß sich die endgültige Entscheidung des Streits um die devisenrechtlich relevante Leistung verzögert, und

---

1) S. dazu unten S. 65 ff.

2) Das BAG hat diese Konsequenzen zugunsten einer strikten Anwendung des § 561 Abs. 1 in Kauf genommen und in der Entscheidung BAGE 2, 355 (357 f.) die Genehmigung einer Kündigung durch das Gewerbeaufsichtsamt nicht berücksichtigt, weil sie erst in der Revisionsinstanz beigebracht worden war; die Kündigung wurde für unzulässig erklärt.

inwieweit sie durch ein "verfahrensrechtliches Hindernis der in § 561 Abs. 1 bezeichneten Art"[1] beeinträchtigt werden. Ob der Vergleich mit der Rechtsprechung zu den von Amts wegen zu prüfenden Prozeßvoraussetzungen tragfähig ist, wird sich bei deren Untersuchung herausstellen.[2] Am wenigsten vermag der Hinweis auf die Grundsätze einer "gesunden Prozeßführung" zu überzeugen.[3] Warum eine Rechtsprechung, die in bezug auf devisenrechtliche Genehmigungen das Novenverbot nicht beachtet, gesünder ist als eine solche, die ihm den Vorrang einräumt, könnte nur dann beantwortet werden, wenn nicht nur die Bedürfnisse des Devisenrechts, sondern auch die des Revisionsrechts einschließlich der Funktion des § 561 Abs. 1 festgestellt und gegeneinander abgewogen würden. Die vom RG herangezogenen Gesichtspunkte der Prozeßökonomie allein werden dieser Forderung nicht gerecht.

Auch die Rechtsprechung[4] zur Berücksichtigung von devisenrechtlichen Genehmigung in der Revisionsinstanz ist also - soweit sie überhaupt selbständig argumentiert und nicht auf die Rechtsprechung zu den Prozeßvoraussetzungen verweist - nicht befriedigend abgestützt.

Im Schrifttum finden sich außer der oben[5] zitierten Kritik von Rimmelspacher keine Äußerungen, die zu dieser Frage speziell Stellung nehmen. Jedoch wird die Erteilung einer Devisengenehmigung in aller Regel unstreitig sein, so daß die Ergebnisse der Rechtsprechung auch hier wieder Zustimmung bei den Ver-

---

1) RGZ 150, 334
2) S. unten S. 65 ff.
3) Vgl. hierzu die Kritik von Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 47 f.
4) Außer den vorstehend dargestellten RG-Entscheidungen ist auch ein unveröffentlichtes Urteil des BGH vom 25. 6. 1953 - IV ZR 135/51 - einschlägig, in dem gleichfalls die Erteilung einer Devisengenehmigung berücksichtigt wurde; s. dazu den Hinweis in BGHZ 53, 128 (131)
5) Fußnote 3) auf dieser Seite

tretern der Meinung[1] finden, die nichtbeweisbedürftige Noven stets zulassen wollen.

4. Fälle aus dem Gesellschaftsrecht

Materiell-rechtlich erhebliche Noven, und zwar wiederum Neutatsachen, hat der BGH in 2 Entscheidungen zum Recht der Personenhandelsgesellschaften zugelassen, in denen es um das Ausscheiden eines Gesellschafters nach § 140 bzw. § 142 HGB ging.

a) Im ersten dieser beiden Fälle[2] waren die Parteien Gesellschafter einer KG. Die Kläger betrieben im anhängigen Prozeß die Ausschließung des Beklagten aus der Gesellschaft. Nach den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen ist eine Ausschließung nur zulässig, wenn sie das letzte Mittel zum Schutz der Gesellschaft darstellt; es darf keine andere Lösungsmöglichkeit für die aufgetretenen Streitpunkte erkennbar sein.[3]
Das Berufungsgericht hatte der Klage stattgegeben; der BGH hielt jedoch eine weniger einschneidende Maßnahme als den Ausschluß des Beklagten für möglich und für den Parteien zumutbar und unterbreitete ihnen einen entsprechenden Vergleichsvorschlag.
Die Kläger lehnten den Vorschlag ab. Der BGH berücksichtigte die Ablehnung und wies unter Aufhebung des Berufungsurteils die Klage ab, weil die Kläger die Ausschließung nicht mehr verlangen könnten, nachdem sie es selbst verhindert hätten, daß eine als ausreichend zu erachtende Maßnahme gegen den Beklagten ergriffen werden konnte. Daß die Ablehnung des Vorschlags noch in der Revisionsinstanz zu beachten sei, begründet der BGH damit, daß die von ihm vorgenommene rechtliche Beurteilung auf der tatrichterlichen Würdigung der gesamten Umstände durch das Berufungsgericht beruhe. Gegenüber dieser Erwägung, die dem

1) Nachweise oben S. 39, Fußnote 6)
2) BGHZ 18, 350 ff.
3) Vgl. Baumbach-Duden, § 140, Anm. 1) A mit Nachweisen; Fischer, Anm. zu BGH LM Nr. 6 zu § 161 HGB

Unterschied zwischen den Aufgaben des Tatrichters und des Revisionsrichters Rechnung trage, könne dem Umstand, daß die Ablehnung des Vergleichsvorschlags erst in der Revisionsinstanz erfolgt sei, keine entscheidende und selbständige Bedeutung beigemessen werden.

Daß diese Begründung nicht stichhaltig ist, hat bereits Lent dargelegt.[1] Mit Recht weist Lent darauf hin, daß jede Erfassung einer neuen, bisher nicht berücksichtigten Tatsache nicht nur die Würdigung dieser einzelnen neuen Tatsache, sondern gerade bei einem inneren Zusammenhang auch eine erneute Würdigung der bisher schon verwendeten Tatsachen erfordere, da die Gesamtwürdigung zu einem anderen Ergebnis führen könne. Weil der BGH seine Entscheidung ausschließlich auf die neue Tatsache gegründet habe, liege eine abweichende und damit neue Würdigung des gesamten Tatbestandes vor. Werde aber die neue Entscheidung ausschließlich auf die neuen Vorgänge gestützt, so liege darin unzweifelhaft eine Berücksichtigung der neuen Tatsachen, die gegen § 561 verstoße. Lent verlangt deshalb eine andere Beweisführung, um Vorgänge und Erklärungen in der Revisionsinstanz aus dem Anwendungsbereich des § 561 herauszunehmen.

Eine solche wird auch von Fischer nicht geliefert, der das Urteil des BGH im Ergebnis verteidigt.[2] Fischer stellt die Frage, welchen Zweck die Aufhebung des Berufungsurteils in einem Fall haben solle, in dem zwar das Revisionsgericht eine weniger einschneidende Lösung als die vom OLG ausgesprochene Ausschließung eines Gesellschafters sieht, aber bereits weiß, daß diese andere, "an sich" in Betracht zu ziehende Lösung an dem konkreten Widerstand des

1) NJW 1956, S. 818
2) Anm. zu BGH LM Nr. 6 zu § 161 HGB

beklagten Gesellschafters scheitern wird. Einer solchen Entscheidung - Aufhebung des Berufungsurteils in einem derartigen, der hier zu besprechenden Gestaltung vergleichbaren Fall - stehen nach Fischer gewichtige prozeßökonomische Gründe entgegen. Er verweist in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung von RG und BGH zur Berücksichtigung von Gesetzesänderungen nach Erlaß des Berufungsurteils[1] oder von neuen Tatsachen, wie z. B. bei Fälligkeit der Klageforderung[2], Änderung der Patentlage[3] und inzwischen aufgetauchten Wiederaufnahmegründen[4]. Auf der Linie dieser Rechtsprechung liege es auch, wenn der BGH in der hier besprochenen Entscheidung die Stellungnahme der Parteien zu einer anderweitigen Lösung mit berücksichtigt habe. Die von Fischer zitierte Rechtsprechung habe es "aus zwingenden prozeßökonomischen Gründen" für nicht vertretbar gehalten, daß das Berufungsurteil lediglich auf seinen rechtlichen Gehalt nachgeprüft würde ohne jede Rücksicht darauf, was in der Zwischenzeit geschehen ist.

Damit schneidet Fischer das Problem an, ob die dem Revisionsgericht zugewiesene Aufgabe es gestattet, generell oder in bestimmten Einzelfällen das Novenverbot - zumindest für Neutatsachen - einzuschränken, ohne jedoch revisionsrechtliche Gesichtspunkte zu seiner Lösung zu liefern und ohne insbesondere die Funktion des § 561 Abs. 1 im Rahmen des Revisionsrechts zu bestimmen.

Auch die Urteilsanmerkung von Reinhardt[5] trägt zu einer Klärung dieser Fragen nichts bei. Abgesehen von Bedenken in tatsächlicher Hinsicht - Reinhardt hält es für zweifelhaft, ob wirklich alle Umstände, auf die es ankommen könnte, vom Berufungsgericht gewürdigt worden seien, vielmehr hätten möglicher-

1) Unten S. 147 ff.
2) Oben S. 40 ff.
3) Oben S. 27 ff.
4) Unten S. 101 ff.
5) JZ 1956, S. 250

weise die Kläger wegen noch nicht geprüften Besonderheiten zur Ablehnung des Vergleichsvorschlags berechtigt sein können - meint Reinhardt, der BGH scheine die Grundsätze fortzuentwickeln, die er zur Berücksichtigung des Fälligkeitstermins im Urteil BGH LM Nr. 1 zu § 240 BGB angedeutet habe. Daß diese Grundsätzeaber nicht tragfähig sind, haben wir bereits festgestellt.[1]

b) In der zweiten der beiden gesellschaftsrechtlichen Entscheidungen[2] findet sich überhaupt keine Begründung für die Verwertung einer neuen Tatsache. Die Parteien waren indiesem Fall alleinige Gesellschafter einer oHG. Sie hatten nach 1939 Deutschland verlassen, nach dem Zusammenbruch aber das von der oHG betriebene Unternehmen zurückerhalten. Jedoch war nur der Kläger nach Deutschland zurückgekehrt und wieder in der Firma tätig geworden; der Beklagte lehnte eine Rückkehr und die Aufnahme einer Tätigkeit in der oHG ab. Mit der Klage verfolgte der Kläger das Ziel, gemäß §§ 142, 140 HGB für berechtigt erklärt zu werden, das Geschäft zu übernehmen. Der Beklagte hatte in den Vorinstanzen u. a. geltend gemacht, ein Ausscheiden aus der Gesellschaft könne ihm deshalb nicht zugemutet werden, weil der Kläger keine verbindlichen Zusagen über die Höhe des Abfindungsanspruchs gemacht habe und hierüber keine Einigkeit erzielt sei. Er, der Beklagte, habe daher damit zu rechnen, wegen des Auseinandersetzungsanspruchs einen langen und kostspieligen Prozeß mit dem Kläger führen zu müssen, für den er als US-Staatsangehöriger kein Armenrecht erhalten könne. Die Revision des in den Vorinstanzen unterlegenen Beklagten war erfolglos. Die soeben genannten Bedenken des Beklagten gegen sein Ausscheiden hielt der BGH deshalb für ausgeräumt, weil der Kläger im Revisionsverfahren

1) Oben S. 46 f.
2) BGH LM Nr. 6 zu § 142 HGB

bindend zugesagt hatte, dem Beklagten in Anrechnung auf den Auseinandersetzungsanspruch 12.000,-- DM zu zahlen und in einem Prozeß über den Auseinandersetzungsanspruch von seinem Recht auf Sicherheitsleistung gemäß § 110 keinen Gebrauch zu machen. Diese Zusagen berücksichtigte der BGH bei seiner Entscheidung und kam dadurch zu der Auffassung, daß der Beklagte durch die Übernahme des Unternehmens durch den Kläger nicht in eine ihm unzumutbare Zwangslage gerate, sobald er seinen Auseinandersetzungsanspruch geltend machen wolle.

Dadurch, daß der BGH es dem Kläger gestattete, in der Revisionsinstanz durch neuen Vortrag Gründe auszuräumen, die gegen seine Berechtigung zur Geschäftsübernahme sprechen konnten, setzte er sich über das Novenverbot hinweg; auch in dieser Entscheidung bleibt offen, womit die Einschränkung des § 561 Abs. 1 zu rechtfertigen ist.[1]

Außer Fischer[2] stimmen den beiden vorstehend unter a) und b) erörterten Entscheidungen wieder diejenigen Autoren[3] zu, die nichtbeweisbedürftiges neues Vorbringen für zulässig halten, denn in beiden Urteilen ist diese Voraussetzung erfüllt. Z. T. wird von den Vertretern dieser Meinung ausdrücklich darauf hingewiesen[4], daß in beiden Fällen die Berücksichtigung neuen Vorbringens nur auf diese Weise zu begründen sei. Ob dies zutrifft, wird später zu prüfen sein.

5. Neues Vorbringen bei Gesetzesänderungen während des Revisionsverfahrens

Nachdem sich die Meinung durchgesetzt hatte, daß Gesetzesänderungen nach Abschluß der Berufungsinstanz, die das streitige Rechtsverhältnis rückwirkend erfassen, vom Revisionsgericht beachtet werden müssen[5], wurde

1) Lent, NJW 1956, S. 818 lehnt auch diese Entscheidung wegen Verstoßes gegen § 561 ab.
2) Anm. zu BGH LM Nr. 6 zu § 161 HGB
3) Nachweise oben S. 39, Fußnote 6)
4) Mattern, JZ 1963, S. 652; Rosenberg-Schwab, § 146 II, 3 h
5) S. dazu näher unten S. 147 ff.

die Frage interessant, ob die Parteien in einem solchen Fall in der Revisionsinstanz neue Tatsachen vorbringen dürfen, die nach der neuen Rechtslage für den Rechtsstreit möglicherweise erheblich sind, während es vorher auf sie nicht ankam. Die Frage ist von Rietschel[1] und Mattern[2] behandelt und bejaht worden; in der Rechtsprechung finden sich bisher keine Entscheidungen dazu.[3]

Rietschel vertritt die Ansicht[4], man dürfe den Parteien das Vorbringen solcher Tatsachen, auf die es nach Erlaß eines neuen Gesetzes ankommen könne, nicht grundsätzlich abschneiden, weil sonst auch dem mit der Findung des richtigen Rechts betrauten Richter vielfach die Möglichkeit genommen werde, das neue Gesetz anzuwenden; es werde dann das mit der einen Hand Gegebene mit der andern wieder genommen. Deshalb schlägt Rietschel vor, solches Vorbringen zuzulassen, das sich bereits auf einen im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz gegebenen Sachverhalt beziehe - also das Vorbringen von Alttatsachen -, sofern diese Tatsachen vor Erlaß des neuen Gesetzes für die Entscheidung des Rechtsstreits unerheblich oder nur in geringerem Maße erheblich waren. Das Revisionsgericht soll aber nur prüfen dürfen, ob die behaupteten neuen Tatsachen in Verbindung mit dem neuen Gesetz für die Entscheidung des Rechtsstreits erheblich sind; die etwa erforderlichen Feststellungen soll dagegen das Berufungsgericht nach Zurückverweisung treffen, weil das über den Aufgabenbereich des Revisionsgerichts hinausgehen würde. Zur Begründung seiner Ansicht zieht Rietschel eine Parallele zu § 139[5]: Der Sinn dieser Vorschrift sei es insbesondere, die Parteien vor Überraschungen durch neue rechtliche Gesichtspunkte

---

1) ZZP 66 (1953), S. 299 ff.
2) JZ 1963, S.651
3) Die von Rietschel aaO, S. 303 f. angeführten Entscheidungen (RGZ 128, 344; OGH MDR 49, 103) ließen keine neuen Tatsachen zu, sondern verwiesen die Sache an das Berufungsgericht zurück, damit weitere Feststellungen getroffen werden konnten.
4) aaO, S. 301 f.
5) S. 302 f.

zu bewahren, zu denen sie nicht in tatsächlicher Hinsicht Stellung nehmen konnten; deshalb sei es bei rechtzeitiger Rüge einer Verletzung des § 139 auch in der Revisionsinstanz zulässig, neu vorgebrachte Tatsachen unter dem Gesichtspunkt auf ihre Schlüssigkeit zu prüfen, ob sie zu einer anderen Entscheidung führen könnten. Sei letzteres der Fall, so müßte das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zurückverwiesen werden. Das Interesse der Parteien, mit ihren in der Tatsacheninstanz schuldlos nicht vorgebrachten neuen Tatsachen im weiteren Prozeßverlauf nicht ausgeschlossen zu werden, sei bei einer nachträglichen Änderung der Gesetzeslage dasselbe wie im Fall des § 139; deshalb sei den Parteien zu gestatten, die erst infolge des später ergangenen Gesetzes erheblichen Tatsachen vorzutragen.

Zwar ist Rietschel darin zuzustimmen, daß das Interesse der Parteien, den Prozeß nicht auf Grund eines unvorhergesehen neu auftauchenden rechtlichen Gesichtspunktes zu verlieren, zu dem sie keine Tatsachen vortragen konnten, bei einer Gesetzesänderung nach Beendigung der Tatsacheninstanzen ebenso gegeben ist wie in den Fällen des § 139. Aber abgesehen davon, daß auf die Verletzung des § 139 eine Verfahrensrüge gestützt werden kann und deshalb gemäß § 554 Abs. 3 Z. 2 b ausdrücklich die zu ihrer Begründung geeigneten Tatsachen im Revisionsverfahren zugelassen sind, ist die Möglichkeit, das neue Gesetz noch im laufenden Verfahren anzuwenden, entgegen der Ansicht Rietschels auch dann gegeben, wenn man das Novenverbot nicht einschränkt. Das wird deutlich, wenn wir die möglichen Fallgestaltungen näher betrachten.

Von Bedeutung sind in unserem Zusammenhang nur solche neuen Gesetze, die sich auf die tatbestandlichen Voraussetzungen auswirken, welche für einen Erfolg der Klage nötig sind, dagegen nicht solche, die nur Veränderungen auf der Rechtsfolgenseite bringen.

Sodann ist danach zu unterscheiden ob das neue Gesetz bisher erforderliche Tatbestandsvoraussetzungen entfallen läßt (so in den Beispielen von Mattern[1], wo die Genehmigungsbedürftigkeit eines Rechtsgeschäfts entfiel), oder ob es zusätzliche Voraussetzungen schafft, die der Kläger dartun muß, um zu gewinnen.

Liegt der erstere Fall vor, ist also ein neues Gesetz ergangen, das eine Voraussetzung abschafft, dann kann logischerweise zusätzlicher neuer Vortrag durch die Gesetzesänderung nicht erforderlich werden; höchstens kann bisheriges Vorbringen zu der entfallenen Voraussetzung entbehrlich werden. Dazu folgende Beispiele für den Fall, daß eine Genehmigungsbedürftigkeit wegfällt:
Wenn das Berufungsgericht der Klage stattgegeben hat und sein Urteil zutrifft, dann waren alle erforderlichen Tatbestandsvoraussetzungen einschließlich der Genehmigung gegeben; ein Anlaß zu neuem Vorbringen ist nicht vorhanden, wenn die Genehmigungsbedürftigkeit entfällt. War das Urteil unrichtig, weil die Genehmigung nicht vorlag (das Berufungsgericht hatte die Genehmigungsbedürftigkeit verkannt[2]), so ist es vom Revisionsgericht dennoch aufrechtzuerhalten, nachdem die Genehmigung entbehrlich geworden ist. Ist die Klage vom Berufungsgericht dagegen abgewiesen worden, weil die fragliche Genehmigung nicht vorgelegen habe[3], so ist dieses Urteil mit der Gesetzesänderung unrichtig geworden und deshalb aufzuheben.
Bei der Frage, ob das Revisionsgericht selbst endgültig entscheiden kann (§ 565 Abs. 3 S. 1), kommt es nur darauf an, ob das Berufungsgericht zu den übrigen Voraussetzungen hinreichende Feststellungen getroffen hat. In allen Fällen also, in denen nach einer Gesetzesänderung weniger Tatbestandsvoraussetzungen erforderlich sind als vorher, können auf Grund der

1) JZ 1963, S. 651
2) So das zweite von Mattern aaO gewählte Beispiel
3) Erstes Beispiel von Mattern aaO

neuen Rechtslage weder Alt- noch Neutatsachen erheblich werden.

Die gegenteilige Ansicht Matterns[1], der im Hinblick auf Alttatsachen Rietschel[2] folgt, darüber hinaus aber auch die Berücksichtigung von Neutatsachen fordert, ist nicht mit Argumenten abgestützt, die mit der besonderen Situation der Gesetzesänderung zusammenhängen. Mattern will nämlich in seinen Beispielen[3] den Vortrag des Beklagten zulassen, er habe nach Erlaß des Berufungsurteils die eingeklagte Leistung erbracht, also ein Vorbringen, das sich gar nicht auf die geänderte Gesetzeslage bezieht. Dies soll deshalb geboten sein, weil andernfalls das Revisionsgericht eine Entscheidung erlassen müßte, die für keinen Zeitpunkt materiell richtig wäre. Jedoch ist es gerade eine der möglichen und gewollten Konsequenzen des § 561 Abs. 1, daß das Revisionsurteil für den Zeitpunkt seines Erlasses wegen nachträglicher tatsächlicher Veränderungen unrichtig ist; daß es auch für den Zeitpunkt der Berufungsentscheidung nicht mehr zutrifft, ist die Folge davon, daß die Gesetzesänderung nach der heute herrschenden objektiven Theorie[4] zu berücksichtigen ist. Der Beklagte in den Fällen Matterns steht nicht anders und schlechter als alle Beklagten, die auf einen z. Z. der Revisionsverhandlung begründeten Anspruch zahlen, und ihm bleibt wie stets in solchen Fällen - sofern er nicht die Erledigungserklärung erreicht - die Vollstreckungsgegenklage. An dieser Beurteilung kann sich nichts dadurch ändern, daß außerdem

---

1) JZ 1963, S. 651
2) ZZP 66 (1953), S. 301 ff. S. oben S. 57 f.
3) JZ 1963, S. 651. Nur nebenbei sei bemerkt, daß es nicht gerade lebensnah erscheint, daß ein Beklagter - wie in Matterns erstem Beispiel - plötzlich aus "Anstandsgründen" zahlt, nachdem er in zweiter Instanz die Abweisung der Klage erreicht hat.
4) S. dazu unten S. 149 f.

das Berufungsurteil nachträglich durch Gesetzesänderung unrichtig bzw. richtig geworden ist.

Auch in der zweiten Fallgestaltung - eine Gesetzesänderung tritt ein, die zusätzliche Voraussetzungen für den Erfolg des Klagebegehrens aufstellt - besteht kein zwingender Grund, § 561 Abs. 1 nicht zu beachten. Wir unterscheiden wieder danach, ob das Berufungsgericht der Klage stattgegeben hat oder nicht. Hat es den Anspruch zuerkannt, dann lagen, sofern die Entscheidung richtig war, alle ursprünglich relevanten Tatbestandsvoraussetzungen vor. Dagegen fehlen in der Regel Feststellungen zu der neu hinzugekommenen Voraussetzung. Subsumiert also das Revisionsgericht den vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt unter die Tatbestandsmerkmale der jetzt für die Rechtsfolge maßgebenden Normen, so sind diese z. T. - nämlich soweit sie neu hinzugekommen sind - nicht erfüllt. Die neuen Vorschriften sind damit im Sinne von § 550 verletzt[1], und das zusprechende Berufungsurteil ist unrichtig geworden, weil sein Tatbestand die Rechtsfolge nach der neuen Gesetzeslage nicht mehr rechtfertigt; es ist deshalb aufzuheben und die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es die erforderlichen Feststellungen gegebenenfalls noch treffen kann. Dies gilt nur dann nicht, wenn ausnahmsweise auch die Voraussetzungen der neuen Tatbestandsmerkmale bereits vom Berufungsgericht festgestellt wurden, oder wenn das Revisionsgericht der Überzeugung ist, daß die Parteien hierzu nichts mehr werden vortragen können. In dieser letzteren Hinsicht ist jedoch Vorsicht geboten[2], und das Revisionsgericht wird in aller Regel davon ausgehen müssen, daß den Parteien Gelegenheit zu weiterem Vorbringen zu geben ist, weil es bisher auf

---

1) Vgl. zur Rechtsverletzung durch Subsumtionsfehler Thomas-Putzo, § 561, Anm. 1 b; Blomeyer, § 104, III, 1 a; Rosenberg-Schwab, § 144, IV, 2

2) Vgl. dazu die Äußerung von Baur, JZ 1954, S. 327: "In Prozessen den Propheten zu spielen, ist erfahrungsgemäß ein riskantes Unterfangen."

das neue Tatbestandsmerkmal nicht ankam und die Parteien daher auch keinen Anlaß hatten, dazu Stellung zu nehmen.

An dieser Stelle wird der Unterschied der hier vertretenen Auffassung zu der Rietschels deutlich: Während nach Rietschel[1] die Sache zurückverwiesen werden muß, wenn die in der Revisionsinstanz behaupteten und berücksichtigten neuen Tatsachen nach dem neuen Gesetz für die Entscheidung erheblich sein können, ist nach unserer Meinung das zuerkennende Berufungsurteil dann aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen, wenn noch keine abschließenden Feststellungen zu den neuerdings erheblichen Tatbestandsvoraussetzungen getroffen sind, die Möglichkeit weiteren Parteivortrags hierzu aber nicht auszuschließen ist. Dieses Verfahren entspricht dem Gesetz, wonach das Revisionsgericht durch Subsumtion des in der Vorinstanz festgestellten Tatbestands unter die einschlägigen Rechtsnormen festzustellen hat, ob die angefochtene Entscheidung diese Rechtsnormen - die sie im Falle einer Gesetzesänderung allerdings noch gar nicht heranziehen durfte - richtig angewendet hat, oder ob sie auf einer Gesetzesverletzung beruht und deshalb die Revision begründet ist mit der Folge, daß das Berufungsurteil aufzuheben ist (§ 564, 549, 550). Auch Rietschel geht im Grunde nicht anders vor, jedoch ergänzt er den zu subsumierenden, bisher festgestellten Tatbestand um die möglicherweise erheblichen neuen Tatsachen, die die Parteien im Hinblick auf die Gesetzesänderung vortragen. Da er aber dem Revisionsgericht nicht die Feststellung dieser Tatsachen gestatten will, kommt auch er regelmäßig zur Zurückverweisung. Die Berücksichtigung des neuen Vortrags hat nach seiner Auffassung dann lediglich die Bedeutung eines konkreten Hinweises darauf, daß der Sach-

1) ZZP 66 (1953), S. 301 ff. S. dazu oben S. 57 f.

verhalt hinsichtlich der neuen Vorschriften noch nicht entscheidungsreif ist, weil die Parteien noch beachtliche Umstände dazu vorbringen können. Hiervon gehen jedoch auch wir grundsätzlich aus, so daß es auf die neuen Behauptungen der Parteien in der Revisionsinstanz noch nicht ankommt, sondern erst dann, wenn hierzu auch abschließende Feststellungen getroffen werden können, also in der erneuten Berufungsverhandlung.

In den restlichen Fallgestaltungen ist die Lösung unproblematisch: War das zusprechende Berufungsurteil unrichtig, weil sein Tatbestand schon die Anwendung der bisher maßgebenden Normen nicht rechtfertigte, so ist es ohne Rücksicht auf die zusätzlich erheblich gewordenen Tatbestandsvoraussetzungen aufzuheben; die Sache wird dann in aller Regel zurückzuverweisen sein, weil zu den neuen Voraussetzungen keine abschließenden Feststellungen vorliegen werden. Hat das Berufungsgericht dagegen die Klage zutreffend abgewiesen, dann muß es dabei bleiben; denn wenn auch zusätzliche Erfordernisse für den Erfolg der Klage hinzugekommen sind, so müssen doch auch die alten, die nicht abgeschafft wurden, weiterhin vorliegen. War die Abweisung unberechtigt, weil alle bisher vom Gesetz aufgestellten Voraussetzungen der in Anspruch genommenen Rechtsfolge vorlagen, dann ist die Entscheidung aufzuheben; ob aber die Klage nach der Gesetzesänderung Erfolg hat, hängt vom Vorliegen der weiteren, neuen Tatbestandsmerkmale ab. Um die hierfür erheblichen Tatsachen gegebenenfalls festzustellen, wird die Sache zurückzuverweisen sein.

Als Ergebnis kann danach festgestellt werden: Durch eine nach Erlaß des Berufungsurteils eingetretene Gesetzesänderung wird keine Einschränkung des Novenverbots erforderlich. Sofern es nach der neuen Rechtslage auf neue Tatsachen für den Erfolg des Klagebegehrens ankommt, können die Parteien die für die neuen Tatbestandsmerkmale relevanten, noch nicht vor-

getragenen Umstände nach Zurückverweisung der Sache vor dem Berufungsgericht in das Verfahren einführen, weil das Berufungsurteil die neuen Rechtsnormen immer dann verletzt und deshalb aufzuheben ist, wenn sein Tatbestand bei der Subsumtion unter die nunmehr einschlägigen Normen die bislang bejahte Rechtsfolge nicht mehr rechtfertigt; dies wird aber in aller Regel der Fall sein, weil zu den neuen Voraussetzungen, um die zu streiten die Parteien bislang keinen Anlaß hatten, noch keine abschließenden Feststellungen vorliegen werden.

Eine Zurückverweisung ist grundsätzlich auch dann angebracht, wenn das Berufungsurteil unabhängig von den neuen Vorschriften aufzuheben ist, weil bei der erneuten Entscheidung des Rechtsstreits die geänderte Gesetzeslage zugrundezulegen ist und hierzu in der Regel weitere Feststellungen zu treffen sind.

Dagegen ist neues Vorbringen nie erheblich, wenn durch die Gesetzesänderung Tatbestandsmerkmale beseitigt werden, die bisher relevant waren.

6. Zusammenfassung

Unser Überblick über die von Rechtsprechung und Literatur für zulässig gehaltenen, materiell-rechtlich bedeutsamen Noven - abgesehen von einer einzigen Ausnahme[1] durchweg Neutatsachen - hat gezeigt, daß die Ergebnisse der Revisionsgerichte als praktikabel erscheinen, weil die Zulassung der neuen Tatsachen eine endgültige Streitentscheidung ermöglichte und etwaige Folgeprozesse zu vermeiden half; die Urteile entsprechen also offenbar einem praktischen Bedürfnis.[2] Unnötig ist es dagegen, von § 561 Abs. 1 dann abzuweichen, wenn infolge einer Gesetzesänderung neue Umstände für den Prozeß erheblich werden können.

1) RGZ 148, 400 ff. S. dazu oben S. 33 f.
2) So auch Stein-Jonas-Grunsky, § 561, Anm. II, 2 g

Leider finden sich in der bisher betrachteten Rechtsprechung keine Begründungen, die ihre Ergebnisse rechtfertigen könnten, weil sich die Gerichte nicht mit Funktion und Zweck des Novenverbots auseinandergesetzt haben. Auch die Literatur trägt wenig zur Lösung des Problems bei; eine Ausnahme gilt möglicherweise für die Ansicht, daß nichtbeweisbedürftiges Vorbringen generell im Revisionsverfahren zu berücksichtigen sei. Ob diese Auffassung - die sämtliche bisher dargestellten Entscheidungen stützen kann[1] - überzeugend begründet ist, werden wir am Schluß des 2. Teils[2] untersuchen.

Nach diesem wenig befriedigenden Zwischenergebnis - jedenfalls was die Begründungen für die Einschränkung des § 561 Abs. 1 betrifft - wenden wir uns nun den Entscheidungen und den Stellungnahmen im Schrifttum zu, die sich mit neuem Vorbringen zu den von Amts wegen zu prüfenden Zulässigkeitsvoraussetzungen, insbesondere den Prozeßvoraussetzungen, beschäftigen.

II. Neues Vorbringen zu den von Amts wegen zu prüfenden Zulässigkeitsvoraussetzungen

1. Eigene Beweisaufnahme und -würdigung durch das Revisionsgericht

In ständiger Rechtsprechung haben sich RG, OGH, BGH und BAG[3] für befugt gehalten, im Hinblick auf die von Amts wegen zu prüfenden Zulässigkeitsvoraussetzungen, insbesondere die Prozeßvoraussetzungen, ohne Bindung an den vorinstanzlichen Tatbestand eigene Feststellungen zu treffen und zu diesem Zweck auch

---

1) Wenn man der Auffassung folgt, daß auch unstreitige Tatsachen dann stets präkludiert sind, wenn es sich um Alttatsachen handelt (so Stein-Jonas-Grunsky, § 561, Anm. II, 2 g), dann gilt eine einzige Ausnahme für die Entscheidung RGZ 148, 400 ff., in der eine Alttatsache (Erlöschen des Klagepatents) berücksichtigt wurde. S. dazu oben S. 33 f.

2) Unten S. 111 ff.

3) Nachweise bei Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 41 ff., Fußnoten 14 bis 54

neue Beweise zu erheben sowie alte und neue Beweisergebnisse selbständig zu würdigen.[1] Die Literatur hält dies durchweg für zulässig.[2] Feststellungen zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen sollen nicht nach den Beweisvorschriften der ZPO, sondern im Wege des Freibeweises getroffen werden können.[3]

Rimmelspacher hat diese Rechtsprechung eingehend daraufhin untersucht, wie sie ihr Vorgehen rechtfertigt, das mit § 561 Abs. 2 in Widerspruch steht; auf seine Ausführungen kann an dieser Stelle verwiesen werden.[4] Er kommt zu dem - angesichts des nahezu gewohnheitsrechtlichen Charakters der genannten Rechtsprechung überraschenden - Ergebnis, daß sich in der langen einschlägigen Präjudizienkette so gut wie überhaupt keine Begründung für die von den Revisionsgerichten geübte Praxis finden läßt.

Auffallend ist, daß die Entscheidungen sich häufig mit dem Hinweis begnügen, die jeweils fraglichen Zulässigkeitsvoraussetzungen seien von Amts wegen zu prüfen.[5] Die Prüfung von Amts wegen bedeutet heute anerkanntermaßen[6], daß zwar den Parteien auch im Hinblick auf diese Urteilserlaßvoraussetzungen die Einführung des tatsächlichen Prozeßstoffes obliegt; das Gericht ist nicht zu eigenen Ermittlungen befugt[7]

---

1) Eine abweichende Auffassung wird, soweit ersichtlich, nur von RG Warn. 9 (1916), Nr. 97 und RG Warn. 23 (1929-31), Nr. 11, vertreten
2) S. die Nachweise bei Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 35, Fußnoten 13 und 14
3) Nachweise bei Rimmelspacher aaO, S. 34, Fußnote 8, und die Kritik an dieser Auffassung bei Peters, S. 72 ff., und bei Rimmelspacher aaO, S. 39 f. Vgl. ferner unten S. 194 ff.
4) Amtsprüfung, S. 41 ff.
5) So z. B. RGZ 86, 63 (64); RGZ 118, 196 (198); RG JW 1905, S. 73; RG ZZP 55 (1931), S. 142 (143); OGH NJW 1950, S. 468; BGHZ 4, 389 (395); BGHZ 7, 280 (284); BGH LM Nr. 1 zu § 56 ZPO; BGH VersR 1961, S. 413 (414); BGH NJW 1962, S. 1933
6) S. dazu eingehend Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 33 ff.; Grunsky, Grundlagen, S. 171 ff., beide mit weiteren Nachweisen
7) Blomeyer, § 14, III; Rosenberg-Schwab, § 78, IV, 2; Zeiß, § 27, V; Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 33 mit weiteren Nachweisen in Fußnote 3

und darf grundsätzlich[1] nicht selbst Tatsachen in den Prozeß einführen. Jedoch ist der Richter nicht an die von Rimmelspacher[2] sog. Beweisersatzlagen (Geständnis, Nichtbestreiten, Versäumnis) gebunden, sondern muß unabhängig von diesen vom Vorliegen der Zulässigkeitsvoraussetzungen überzeugt sein. Es sind also den Richter bindende Parteidispositionen über den für diese Voraussetzungen maßgebenden Prozeßstoff weitgehend ausgeschlossen, weil seine Feststellung nicht mit Hilfe der Beweisersatzlagen entgegen richterlichen Zweifeln erzwungen werden kann.[3]

Warum gerade die Tatsache, daß bestimmte Umstände in dieser Weise von Amts wegen zu prüfen sind, das Revisionsgericht zu Beweisaufnahme und -würdigung und zur Abweichung von den Feststellungen des Berufungsgerichts berechtigen soll, kann lediglich aus der Verweisung[4] auf eine devisenrechtliche Entscheidung des RG entnommen werden, die wir bereits in anderem Zusammenhang erwähnt haben.[5] In dieser Entscheidung wird eine Parallele zwischen devisenrechtlicher Genehmigung und Prozeßvoraussetzungen unter dem Blickwinkel des Prüfungsverfahrens gezogen und ausgeführt, daß es in beiden Fällen durch Rücksichten auf das öffentliche Wohl und durch öffentliche Belange gerechtfertigt sei, eine weitgehende Prüfungspflicht des Revisionsgerichts anzuerkennen, die nicht durch ein "verfahrensrechtliches Hindernis der in § 561 Abs. 1 bezeichneten Art" begrenzt werde. Welchen öffentlichen Interessen die Devisenvorschriften wie die Prozeßvoraussetzungen aber dienen sollen, und warum öffentliche Belange es erfordern, die Bestimmungen des Revisionsrechts außer Acht zu lassen, bleibt indessen

---

1) Zur Einschränkung des Grundsatzes s. unten S. 92, Fußnote 1
2) Amtsprüfung, S. 27
3) Costede, ZZP 82 (1969), S. 440 f.
4) In RGZ 160, 338 (348)
5) RGZ 150, 330 (334); s. dazu oben S. 49 f. und Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 47 f.

im Dunkeln.

Diese soeben angeführte Rechtsprechung hat es zwar nicht unmittelbar mit dem Novenverbot im Sinne unserer Auslegung des § 561 Abs. 1[1] zu tun, weil sie sich mit der Befugnis zu revisionsgerichtlicher Beweisaufnahme und -würdigung befaßt, also mit dem Anwendungsbereich des § 561 Abs. 2. Auch soweit dabei neue Beweismittel in Frage stehen, handelt es sich um solche zu altem Prozeßstoff, die ebenfalls nach § 561 Abs. 2 unzulässig sind.

Dennoch verdient die Rechtsprechung auch in unserem Zusammenhang Beachtung. Dies einmal deshalb, weil sie neben der Freistellung des Revisionsgerichts von der Bindung an die vorinstanzlichen Feststellungen auch gelegentlich ganz generell dessen Befugnis postuliert, neue Tatsachen zu berücksichtigen[2], ohne allerdings hierfür Gründe zu liefern, und ohne daß in concreto neuer Vortrag für die Entscheidungen relevant war. Zum andern ist die Rechtsprechung von Interesse, weil sie sich, um die Abweichung von § 561 Abs. 2 zu rechtfertigen, auf die Prüfung von Amts wegen beruft. Da auch die Rechtsprechung zur Zulassung konkreter Noven im Bereich der Zulässigkeitsvoraussetzungen sich weitgehend auf die Grundsätze über die Amtsprüfung stützt, wie sogleich zu zeigen sein wird, ist an dieser Stelle festzuhalten: Die bislang angeführten Entscheidungen zur selbständigen Beweisaufnahme und -würdigung durch das Revisionsgericht geben keine Aufschlüsse darüber, warum die mit der Amtsprüfung angestrebten Ziele es erfordern, daß die Revisionsgerichte die ihnen in Bezug auf den tatsächlichen Prozeßstoff auferlegten Beschränkungen durchbrechen. Weder wird näher ausgeführt, welchen öffentlichen Interessen die Beschneidung der

1) S. oben S. 10 ff., 22
2) BGHZ 7, 280 (284); BGHZ 31, 279 (282); BGH NJW 1963, S. 297 (298); BGH FamRZ 1969, S. 477; BGH NJW 1970, S. 1683

Parteidisposition über den Prozeßstoff der Zulässigkeitsvoraussetzungen dienen soll, noch wird gesagt, warum derartige öffentliche Belange eine Änderung des Verfahrensrechts in der Revisionsinstanz erfordern. Daß bestimmter Prozeßstoff einem bestimmten Prüfungsverfahren unterliegt, besagt noch nichts darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen derartige Umstände in den Prozeß eingeführt werden können.

Nach diesem vorläufigen Befund dürfen wir gespannt sein, ob wir in den Entscheidungen, welche neue Tatsachen zulassen, Ausführungen über das Verhältnis zwischen der Funktion des § 561 Abs. 1 und den rechtspolitischen Zielen der Prozeßvoraussetzungen finden, ob also die Rechtsprechung wenigstens die Berücksichtigung prozeßrechtlicher Noven tragfähig begründet und in diesem Bereich allgemeine Kriterien für eine Begrenzung des § 561 Abs. 1 erkennen läßt, die wir auf dem Gebiet materiell-rechtlich erheblichen neuen Vorbringens vermißt haben.

2. Die Berücksichtigung neuer Tatsachen in der Rechtsprechung

a) aa) Bei der ersten darzustellenden Gruppe von Entscheidungen, in der neues Vorbringen zur Prozeßvoraussetzung der Prozeßfähigkeit bzw. der ordnungsmäßigen gesetzlichen Vertretung einer prozeßunfähigen Partei zugelassen wurde, ist der Befund hinsichtlich der Begründungen für die Ausnahmen von § 561 Abs. 1 enttäuschend. In allen einschlägigen Entscheidungen wird - sofern überhaupt eine Begründung gegeben wird - lediglich lapidarisch bemerkt, daß die Prozeßvoraussetzungen bzw. die gegen ihr Vorliegen in der Revisionsinstanz geltend gemachten Einwände in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen seien.

Es handelt sich dabei um folgende Sachverhaltsgestaltungen:
In 2 Ehescheidungsprozessen berücksichtigte das

RG[1] ihm erstmals vorgelegte vormundschaftsgerichtliche Genehmigungen; ohne diese Genehmigungen wären die Parteien bei Erhebung ihrer Klage bzw. Widerklage nicht ordnungsgemäß durch ihre Vormünder vertreten, ihre Klagen also unzulässig gewesen. Nachdem das Hindernis beseitigt war[2], konnte das RG in der Sache selbst entscheiden.

Ebenfalls um die ordnungsmäßige gesetzliche Vertretung eines Scheidungsklägers ging es in der Entscheidung RGZ 126, 261 ff. Die Revision der Beklagten war darauf gestützt worden, der Kläger sei durch einen Abwesenheitspfleger nicht ausreichend vertreten gewesen. Das RG hielt diesen Einwand für zutreffend; es berücksichtigte aber die im Revisionsverfahren ausdrücklich erklärte Genehmigung der bisherigen Prozeßführung durch den Kläger, der das Verfahren selbst fortgesetzt hatte.

Die Entscheidungen RGZ 63, 371 ff. und RG Warn. 32 (1940), Nr. 93 beschäftigten sich mit der gesetzlichen Vertretung einer AG bzw. einer Stiftung und ließen es zu, daß noch im Revisionsverfahren die gesetzlichen Vertreter der AG benannt wurden, bzw. daß Zweifel an der Legitimation des Stiftungsvorstandes dadurch ausgeräumt wurden, daß dessen Wiederwahl vorgetragen und festgestellt wurde. Dagegen enthielt sich das RG in einer anderen Entscheidung[3] einer Feststellung darüber, ob der beklagte nichtrechtsfähige Verein im Verfahren bislang - wie von der Revision gerügt worden war - ohne Vorstand gewesen sei und verwies die Sache zur Entscheidung über diesen Punkt zurück;

---

1) RG GruchBeitr. 48 (1904), S. 108 (111); RGZ 86, 15 (16)
2) Im Fall RGZ 86, 15 ff. hatte das RG allerdings auch nach Erstattung eines ärztlichen Gutachtens im Revisionsverfahren nicht festzustellen vermocht, daß der Widerkläger schon bei Klageerhebung prozeßunfähig gewesen war; von der in dieser Entscheidung geäußerten Auffassung aus, die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung brauche nur bei Erhebung der Klage vorzuliegen, kam es auf das neue Vorbringen letztlich gar nicht an, weil der Beklagte erst nach Klageerhebung entmündigt worden war.
3) RG LW 1915, S. 250, Nr. 12

jedenfalls berücksichtigte das RG aber auch hier den neuen Vortrag, der den Mangel darlegte.

Schließlich sind zwei weitere Entscheidungen zur Prozeßfähigkeit selbst zu nennen. Nach dem Sachverhalt der einen[1] hatte die Revision der Beklagten geltend gemacht, die Beklagte sei möglicherweise geschäftsunfähig; das RG geht auf diesen Einwand ein und stellt fest, er treffe nicht zu, bedient sich jedoch dabei nicht eines förmlichen Beweisverfahrens, sondern würdigt das Verhalten der Beklagten im Prozeß und stützt sich auf den Akteninhalt. In dem anderen Fall[2] holte das Revisionsgericht von sich aus ein Gutachten über die Prozeßfähigkeit der Beklagten im Scheidungsprozeß ein, weil es an deren Vorliegen auf Grund des bisherigen Prozeßverlaufs zweifelte. Das Gericht berücksichtigte sodann Darlegungen des Sachverständigen, wonach die Beklagte sich in Bezug auf die mit ihren Familienverhältnissen und dem Scheidungsprozeß zusammenhängenden Angelegenheiten in einem Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befand; die Klage wurde abgewiesen.

Zwar mögen diese Entscheidungen vom prozeßökonomischen Standpunkt aus als sinnvoll erscheinen, soweit die Berücksichtigung neuer Umstände es ermöglichte, Zweifel am Vorliegen der Prozeßvoraussetzung zu beseitigen und dadurch zu einem Urteil in der Sache selbst zu kommen[3], oder weil die endgültige Abweisung der Klage als unzulässig ausgesprochen und damit ein drohendes Nichtigkeitsverfahren nach § 579 Abs. 1 Z. 4 vermieden werden konnte.[4] Es fehlen aber Erklärungen dafür, warum die Abweichungen vom revisionsrechtlichen Grundsatz des § 561 Abs. 1 berechtigt waren.

bb) Wir wenden uns nun den Entscheidungen zu, in denen prozeßrechtliche Noven zugelassen wurden, die für die

1) RG Warn. 21 (1929), Nr. 25
2) BGHZ 18, 184 ff.
3) So in den Fällen RG Warn. 21 (1929), Nr. 25; RG Warn. 32 (1940), Nr. 93; RGZ 63, 371 ff.; RGZ 126, 261 ff.; RG GruchBeitr. 48 (1904), S. 108
4) So im Fall BGHZ 18, 184 ff.

Prozeßvoraussetzung "Prozeßführungsbefugnis" relevant waren.

Am häufigsten sind die Fälle, in denen im Revisionsverfahren vorgebracht und berücksichtigt wurde, über das Vermögen des Beklagten sei der Konkurs eröffnet worden[1], oder es sei über einen im Passivprozeß eines Erben streitbefangenen Nachlaß die Nachlaßverwaltung angeordnet[2] oder der Nachlaßkonkurs eröffnet worden.[3] In solchen Fällen wird mit der Verfügungsbefugnis über den streitbefangenen Gegenstand[4] auch die Prozeßführungsbefugnis der betroffenen Partei beseitigt. Man könnte meinen, daß die Beachtung dieser Ereignisse im Revisionsverfahren - und zwar unabhängig davon, ob sie vor oder nach der letzten Berufungsverhandlung eingetreten sind - ohne Rücksicht auf § 561 Abs. 1 deshalb geboten sei, weil es sich um Tatsachen handelt, die das Verfahren unterbrechen bzw. zu seiner Aussetzung führen können. Auf diesem Standpunkt steht offenbar die eben zitierte Rechtsprechung, die wohl deshalb keine Begründung für die Berücksichtigung der genannten Umstände gibt.[5]

Entsprechendes gilt auch für die umgekehrte Fallgestaltung, daß in einem vor dem Revisionsgericht anhängigen Prozeß gegen einen Konkursverwalter oder Testamentsvollstrecker vorgetragen wird, der Konkurs sei beendet[6] bzw. die Testamentsvollstreckung weggefallen.[7] In diesen Fällen nimmt die Rechtsprechung auf der Grundlage der Amtstheorie stets einen Parteiwechsel vom Verwalter auf den Rechtsinhaber an[8], der dann

1) RGZ 11, 398 ff.; RGZ 64, 361 ff.; RG JW 1901, S. 162 Nr. 12; BGH LM Nr. 4 und 5 zu § 146 KO
2) RG JW 1938, S. 1025 Nr. 24
3) RG JW 1932, S. 168 Nr. 4
4) Zur Verfügungsbefugnis als Grundlage des Prozeßführungsrechts s. Henckel, Parteilehre, S. 37 ff., 105 ff.
5) Auf die Bedeutung der berücksichtigten Noven für die Unterbrechung des Verfahrens weisen nur hin RGZ 64, 361 ff.; RG JW 1932, S. 168 Nr. 4; RG JW 1938, S. 1025 Nr. 24
6) RGZ 58, 369 ff.; RGZ 128, 66 ff.
7) BGH MDR 1964, S. 998
8) So ausdrücklich BGH MDR 1964, S. 998; vgl. dazu auch Jaeger-Weber, § 163, Anm. 6; Blomeyer, § 115, I, 1; Henckel, Parteilehre, S. 166 ff.

entsprechend §§ 239, 246 zu behandeln ist[1] und deshalb gleichfalls einen Unterbrechungs- bzw. Aussetzungstatbestand bildet. Ob aber allein die Tatsache, daß ein bestimmtes Ereignis zur Verfahrensunterbrechung führt, zu seiner Berücksichtigung im Revisionsverfahren zwingt, bedarf selbständiger Prüfung[2], die die Rechtsprechung nicht auf sich nimmt.

In einer der vorstehend zitierten Entscheidungen, in der das RG die Konkursaufhebung berücksichtigte und den früheren Gemeinschuldner anstelle des bislang beklagten Konkursverwalters in den Prozeß eintreten ließ[3], nahm es auch zu der Frage Stellung, ob die Konkursaufhebung sachlich - rechtlich zu berücksichtigen sei. Unter Berufung auf § 561 wird dies abgelehnt und der Kläger auf die Möglichkeit verwiesen, die Aufhebung des Konkursverfahrens in einem neuen Rechtsstreit geltend zu machen. Es mutet merkwürdig an, daß das RG, das sonst - wie unser bisheriger Überblick bereits gezeigt hat - in zahlreichen unzureichend oder unzutreffend begründeten Entscheidungen Abweichungen von § 561 Abs. 1 zugelassen hat, sich auf den Wortlaut dieser Vorschrift ausgerechnet in einem Fall beruft, in dem es der Veränderung der Rechtslage im Revisionsverfahren bereits Rechnung getragen hat. Der Eintritt des früheren Gemeinschuldners als neue Partei war sinnlos und der Kläger gezwungen, nochmals einen Prozeß gegen ihn durch alle Instanzen zu führen.[4] Vertretbar erscheint in einem solchen Fall nur eine Lösung, die ein neues Vorbringen, das aus prozeßökonomischen oder sonstigen Gründen ohnehin berücksichtigt werden muß, auch im übrigen der Entscheidung zugrunde legt. Die eine Tatsache der Konkursaufhebung in einem Teil des Urteils zu verwerten, in einem anderen Teil vor ihr aber die Augen zu verschließen, grenzt an Bewußtsteinsspaltung.

---

1) BGH MDR 1964, S. 998; RGZ 155, 350 (354)
2) S. dazu unten S. 200 ff.
3) RGZ 128, 66 ff.
4) Dieser Folgeprozeß ist vom RG in RGZ 135, 347 ff. entschieden worden.

Es wird zu prüfen sein, ob das Revisionsrecht bei richtiger Anwendung nicht auch die materiell-rechtliche Berücksichtigung der Konkursaufhebung erlaubt.[1]

In der Entscheidung BGHZ 28, 13 ff. hatte der in Konkurs gefallene Kläger eine Forderung eingeklagt und geltend gemacht, der Konkursverwalter habe diese Forderung freigegeben. Das Berufungsgericht hatte die Klage wegen fehlender Klagebefugnis abgewiesen, weil eine wirksame Freigabe nicht vorliege. Während des Revisionsverfahrens wurde das Konkursverfahren eingestellt; dies berücksichtigte der BGH und hielt daraufhin die Einwände gegen die Prozeßführungsbefugnis des Klägers für gegenstandslos; das Berufungsurteil wurde aufgehoben und der Rechtsstreit zur Entscheidung in der Sache selbst zurückverwiesen.[2] Die Argumente, mit denen der BGH die Abweichung von § 561 Abs. 1 zu rechtfertigen versucht, sind jedoch nicht stichhaltig.

Der BGH beruft sich zunächst auf die frühere Rechtsprechung, die entgegen § 561 gewisse öffentlich-rechtliche Akte wie die Änderung der Patentlage und die Erteilung von Devisengenehmigungen beachtet habe. Daß diese Rechtsprechung aber nicht überzeugend begründet ist, haben wir bereits gesehen.[3] Ferner stützt sich der BGH auf Urteile, die, wie er sagt, Entscheidungen im Konkursverfahren "in weitem Umfang" berücksichtigt haben; dabei handelt es sich um die vorstehend erörterte Rechtsprechung zur Eröffnung und Beendigung des Konkurses. Auch dort fehlen jedoch, wie dargelegt, tragfähige Argumente. Schließlich entspricht es nach Auffassung des BGH auch den Grundsätzen der Prozeßwirtschaftlichkeit, die Änderung der Rechtslage

---

1) Vgl. dazu auch Mattern, JZ 1963, S. 654, der es für ein "befremdliches Ergebnis" hält, "wenn man ... dem Revisionsgericht ansinnen würde, vor der von ihm selbst auf der prozessualen Ebene vorgenommenen tatsächlichen Aufklärung bei der materiellrechtlichen Entscheidung die Augen zu verschließen."

2) Zustimmend zu dieser Entscheidung Böhle-Stamschräder, § 163, Anm. 4

3) Oben S. 34 ff., 48 ff.

zu berücksichtigen; dem mag man zwar zustimmen, es kann aber die Ausnahme vom Novenverbot allein nicht rechtfertigen.[1]

Übergangen wird dagegen vom BGH der Teil der auch von ihm zitierten Entscheidung RGZ 128, 66 ff.[2], in dem das RG die Anwendung des § 561 begründet und dazu ausführt[3]: "Zuzugeben ist der Revision, daß infolge der Nichtberücksichtigung der Aufhebung des Konkursverfahrens eine Entscheidung ergeht, die mit der geänderten Rechtslage nicht in Einklang steht. Das geschieht aber in allen Fällen, in denen infolge der Vorschrift des § 561 erhebliche Tatsachen nicht berücksichtigt werden dürfen, ist also eine Folge, die der Gesetzgeber wollte..." Der BGH hätte Anlaß gehabt zu erläutern, warum prozeßökonomische Gründe die Verwertung neuen Vortrags rechtfertigen können, wenn der Gesetzgeber, wie das RG zutreffend darlegt, eine unrichtige Revisionsentscheidung und einen zweiten Prozeß zu deren Korrektur, also ein "prozeßunwirtschaftliches" Verfahren, in Kauf genommen hat.[1]

cc) Nach dem vor 1945 geltenden Beamtenrecht war es in bestimmten Fällen erforderlich, daß vor der gerichtlichen Geltendmachung gewisser Ansprüche ein anspruchsablehnender Vorbescheid der Behörde des klagenden Beamten ergangen war; ohne einen solchen Bescheid war der Rechtsweg nicht eröffnet.

In 2 Fällen dieser Art, die das RG zu entscheiden hatte, berücksichtigte es Bescheide, die erst in der Revisionsinstanz beigebracht wurden. Dadurch wurden die bislang unzulässigen Klagen zulässig, und es wurden Folgeprozesse vermieden, zu denen die Kläger genötigt gewesen wären, wenn das RG die nachgebrachten Verfügungn nicht beachtet hätte. Während in der ersten dieser beiden Entscheidungen[4] überhaupt

---

1) S. dazu oben S. 5 f.
2) Oben S. 73
3) RGZ 128, S. 68
4) RGZ 104, 23 ff.

keine Begründung für die Ausnahme von § 561 Abs. 1 gegeben wird, beruft sich das Gericht in der zweiten[1] denn auch auf die Prozeßökonomie und führt aus, es bestehe kein Anlaß, die Parteien zu zwingen, einen Rechtsstreit von neuem anzufangen, wenn der ablehnende Vorbescheid im Laufe des Verfahrens noch beigebracht werde.

Auf den Umstand, daß die Zulässigkeit des Rechtswegs als Prozeßvoraussetzung von Amts wegen zu prüfen ist, stellt der BGH[2] in einem Urteil ab, in dem es gleichfalls um die Berücksichtigung einer Bescheinigung ging, welche Voraussetzung für die Zulässigkeit des Rechtswegs war. Es handelte sich dabei um eine Bescheinigung über die Ergebnislosigkeit des in Art. 98 ff. des Deutsch-Österreichischen Vermögensvertrages vorgesehenen Schlichtungsverfahrens. Der BGH ließ allerdings dahingestellt, ob dieser Vertrag in dem Prozeß des Klägers, eines österreichischen Staatsangehörigen, überhaupt einschlägig war, sondern berücksichtigte die vom Kläger in der Revisionsinstanz vorgelegte Bescheinigung und hielt damit ein mögliches Zulässigkeitshindernis für ausgeräumt. Es blieb also offen, ob es auf das neue Vorbringen für die Entscheidung überhaupt ankam. In der Begründung fehlen auch bei dieser Entscheidung Ausführungen darüber, warum die Grundsätze der Amtsprüfung bzw. die mit diesen verfolgten Ziele den Vorrang vor den Zwecken des § 561 Abs. 1 haben sollen.

dd) Den Entscheidungen, in denen neue Tatsachen berücksichtigt wurden, welche für die Zuständigkeit der angerufenen Gerichte bedeutsam waren, liegen Ehescheidungsprozesse zugrunde.

Im ersten dieser Fälle[3] bestanden nach dem dem Berufungsgericht vorliegenden Sachverhalt Zweifel daran, ob der Beklagte österreichischer Staatsangehöriger und

1) RGZ 161, 163 (165)
2) BGH LM Nr. 2 zu Deutsch-Österreichischer Vermögensvertrag
3) RG Warn 4 (1911), Nr. 61

nicht vielleicht, wie die Klägerin, Ungar war; in diesem letzteren Falle wären die deutschen Gerichte nicht zuständig gewesen. Obwohl das Berufungsurteil u. a. wegen eines von der Revision gerügten Verstoßes gegen § 139 ohnehin aufzuheben war, berücksichtigte das RG zusätzlich eine ihm vorgelegte Urkunde, die die ungarische Staatsangehörigkeit des Beklagten erhärten sollte, ohne dies näher zu begründen.

In der zweiten Entscheidung[1] hatte die Revision geltend gemacht, daß das LG für den Scheidungsprozeß örtlich nicht zuständig gewesen sei, weil der Kläger schon vor Klageerhebung umgezogen sei. Daraufhin hob das RG das Urteil des OLG auf, das die Ehe geschieden hatte, und wies die Klage ab, nachdem es sich durch amtliche Auskünfte den behaupteten Wohnsitzwechsel hatte bestätigen lassen. Die Verwertung des neuen Vortrags stützt das RG auf § 551 Z. 4; es ist der Ansicht, die Beklagte könne die Rüge einer Verletzung des § 551 Z. 4 auch in der Revisionsinstanz noch auf den neuen Vortrag gründen. Diese Begründung überzeugt jedoch nicht.

Zum einen läßt sich für die Zulässigkeit neuen Vorbringens nichts daraus herleiten, daß die Verletzung von Zuständigkeitsnormen einen absoluten Revisionsgrund darstellt, weil aus § 551 nichts zu der Frage zu entnehmen ist, anhand welchen Sachverhalts die Gesetzesverletzung festzustellen ist; insoweit bleibt es bei den sonstigen revisionsrechtlichen Bestimmungen, und eine Abweichung von § 561 Abs. 1 bedürfte besonderer Begründung. Andererseits sind die Normen über die Zuständigkeit nicht, was das RG anzunehmen scheint, verfahrensleitende Vorschriften[2], deren Verletzung mit der Verfahrensrüge geltend gemacht werden könnte mit der weiteren Folge, daß gemäß § 554 Abs. 3 Z. 2 b

1) RGZ 130, 53 ff.
2) S. dazu oben S. 23

neuer Tatsachenvortrag zulässig wäre, sondern es handelt sich um Maßstabsnormen, welche prozessuale Urteilserlaßvoraussetzungen ordnen.[1]

Bedeutsamer als die beiden vorgenannten Urteile ist ein neueres Erkenntnis des BGH[2], in dem sich eingehendere Ausführungen zu § 561 finden. In dem vom BGH entschiedenen Fall hatte das Berufungsgericht die Scheidungsklage wegen fehlender Zuständigkeit der deutschen Gerichte abgewiesen, weil die Parteien nicht deutsche Staatsangehörige waren und die Voraussetzungen des § 606 b nicht gegeben waren. In der Revisionsinstanz legte die Klägerin eine Urkunde vor, aus der sich ergab, daß sie während des Revisionsverfahrens in die BRD eingebürgert worden war. Der BGH verwertete die Urkunde, deren Echtheit der Beklagte nicht bestritten hatte, hob das Berufungsurteil auf und verwies die Sache zurück.

Der BGH stellt zunächst fest, daß die Rechtsprechung in bestimmtem Umfang "aus Gründen der Prozeßwirtschaftlichkeit" neue Tatsachen berücksichtigt habe und nennt die verschiedenen Fallgruppen (Beseitigung und Erteilung von Patenten, Erteilung einer Devisengenehmigung, Eröffnung und Einstellung des Konkursverfahrens, Anmeldung eines Konkursvorrechts und Eintritt eines Fälligkeitstermins). Wegen der "Eigenart des Revisionsverfahrens", so fährt der BGH fort[3], könnten neue Tatsachen aber dann nicht berücksichtigt werden, wenn sie streitig seien und deshalb eine Beweisaufnahme erforderlich werde. Eine Ausnahme gelte nur für die Tatsachen, deren Vorliegen auch noch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfen sei. Der BGH schließt sich sodann[4] der Schrifttumsmeinung an, die neues Vorbringen dann berücksichtigen will, wenn es nicht beweisbedürftig ist[5], jedoch - mit vorsich-

1) Dazu oben S. 23
2) BGHZ 53, 128 ff.
3) aaO S. 131
4) aaO S. 132
5) Nachweise oben S. 39 Fußnote 6)

tiger Zurückhaltung - zunächst nur für den Fall, daß in einem Ehescheidungsrechtsstreit die internationale Zuständigkeit von der Staatsangehörigkeit einer Partei abhängt.

Auch ohne die zitierte Literaturmeinung in diesem Zusammenhang auf die Stichhaltigkeit ihrer Begründung zu untersuchen, können wir feststellen, daß sie die BGH-Entscheidung nicht zu stützen vermag, und zwar aus zwei Gründen:

Erstens hat bisher keiner der vom BGH zitierten Autoren[1] die Zulassung nichtbeweisbedürftigen Vorbringens auf Umstände bezogen, die für Prozeßvoraussetzungen von Bedeutung sind, vielmehr haben sie alle[2] die Berücksichtigung diesbezüglicher Tatsachen selbständig und unabhängig von der Nichtbeweisbedürftigkeit für zulässig gehalten. Der BGH hätte also begründen müssen, warum die Literaturmeinung auch auf die von Amts wegen zu prüfenden Umstände erstreckt werden kann, weil es im vorliegenden Fall um die Prozeßvoraussetzung "internationale Zuständigkeit" ging. Dazu hätte er sich freilich auch mit den Argumenten des Schrifttums befassen müssen; die Berufung auf die "Eigenart des Revisionsverfahrens" genügt dafür nicht.

Zweitens und vor allem kommt es aber auch nach den Ausführungen des BGH selbst gar nicht darauf an, ob im konkreten Fall die neu vorgetragene Tatsache beweisbedürftig war oder nicht, weil der BGH für Tatsachen, deren Vorliegen auch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu beachten ist, ohnehin eine Ausnahme von dem Verbot machen will, streitiges Vorbringen zu berücksichtigen. Die Berufung auf die Ansicht, welche nichtbeweisbedürftige Noven zulassen will, kann ein Revisionsurteil nicht stützen, in dem Tatsachen zugelassen werden, die zwar in concreto keines Beweises bedürfen, die das Gericht aber, wie es ausdrücklich feststellt, auch verwertet hätte, wenn sie bestritten

1) Mattern, Rosenberg-Schwab, Stein-Jonas-Grunsky, Schumann; Nachweise oben S. 39 Fußnote 6)
2) Außer Schumann aaO, der in seiner Urteilsanmerkung zu dem Problem nicht grundsätzlich Stellung nimmt

gewesen wären. Überdies genügt es bei der Prüfung von Prozeßvoraussetzungen auch gar nicht, daß die diesbezüglichen Tatsachen unstreitig geblieben sind, da nach den Grundsätzen der Prüfung von Amts wegen das Gericht hierdurch nicht gebunden wird und bei Zweifeln dennoch vollen Beweis verlangen kann[1]; auch hierauf hätte der BGH eingehen müssen.

Die weiteren prozeßökonomischen Erwägungen des BGH, daß sein Verfahren der raschen, endgültigen Streitbereinigung diene und Arbeitskraft und Kosten spare, mögen zwar die Praktikabilität des Ergebnisses unterstreichen, können aber allein das Urteil nicht tragen. Dies gilt gleichermaßen für das Argument, es würden keine schützenswerten Interessen des Beklagten beeinträchtigt, da ungeklärt bleibt, ob das Novenverbot - zumindest auch - dem Schutz der Parteien zu dienen bestimmt ist.

ee) Ausführlicher als in den meisten anderen Fällen wird die Berücksichtigung einer neuen Tatsache in einer weiteren Entscheidung des BGH[2] begründet, in der der im Revisionsverfahren vorgebrachte neue Umstand das Feststellungsinteresse[3] des Klägers entfallen ließ. Zugrunde lag folgende Prozeßsituation: Der Kläger hatte gegenüber der Schadensersatzwiderklage der Beklagten die Feststellung beantragt, daß der Beklagten über die mit der Widerklage geltend gemachten Ansprüche hinaus keine weitere Forderung zustehe. In der Revisionsinstanz verzichtete die Beklagte darauf, einen höheren als den mit der Widerklage verlangten Betrag geltend zu machen. Der BGH hielt daraufhin das Feststellungsinteresse für nicht mehr gegeben und wies den Feststellungsantrag ab, dem das OLG stattgegeben hatte. Im übrigen wurde

1) S. dazu oben S. 65 f.
2) BGHZ 18, 98 ff. Dazu kritisch Arens, AcP 161 (1962), S. 210 ff., und Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 220 ff. Zustimmend Baumbach-Lauterbach, § 565, Anm. 3 A
3) Das Feststellungsinteresse wird hier mit der überwiegenden Meinung zu den Prozeßvoraussetzungen gerechnet; vgl. Rosenberg-Schwab, § 94, IV, 1, mit weiteren Nachweisen

die Sache zurückverwiesen, weil die Entscheidung über die Widerklage nach Ansicht des BGH nicht zutreffend war. Zur Rechtfertigung der Novenzulassung führt der BGH aus[1]: "Der Zivilprozeß dient der Verwirklichung des materiellen Rechts, die Zivilprozeß-Normen sind nicht Selbstzweck, sondern dienen der richtigen Urteilsfindung im Wege eines zweckmäßigen und schnellen Verfahrens. Aus § 565 Abs. 3 ist daher der allgemeine Rechtsgrundsatz abzuleiten, daß das Revisionsgericht, wenn es sich um eine Prozeßvoraussetzung handelt, überall da selbst zu entscheiden hat, wo bei Zurückverweisung das Berufungsgericht bei richtiger Rechtsanwendung zu der gleichen Entscheidung kommen müßte, die das Revisionsgericht fällen kann, wenn es die neue, die Prozeßvoraussetzung betreffende Tatsache berücksichtigt."

Wäre diese Auffassung des BGH richtig, dann müßte sie nicht nur für den Prozeßstoff der Prozeßvoraussetzungen, sondern für alle Urteilserlaßvoraussetzungen gelten.[2] Mit der Berufung auf § 565 Abs. 3 ist aber die Durchbrechung des § 561 Abs. 1 nicht zu erklären. § 565 Abs. 3 betrifft den Fall, daß das Revisionsgericht bei der Anwendung des Gesetzes auf den seiner Prüfung unterliegenden Sachverhalt einen Rechtsfehler gefunden hat, der zur Aufhebung des Berufungsurteils führt. Dieser Sachverhalt, das "festgestellte Sachverhältnis" im Sinne von § 565 Abs. 3 S. 1, ist der dem Berufungsurteil zugrundeliegende und damit derselbe, dessen Ergänzung § 561 Abs. 1 verbietet.[3] Erst wenn feststeht, daß die angefochtene Entscheidung aufzuheben ist, greift § 565 Abs. 3 S. 1 ein, und zwar bei der weiteren Überlegung des Revisionsgerichts, ob die Sache zurückverwiesen werden muß, oder ob es selbst durchentscheiden darf. Aus § 565 Abs. 3 S. 1 läßt sich also keinesfalls die Befugnis herleiten, neue Tatsachen zu berücksichtigen, die das

1) BGHZ 18, 106
2) So zutreffend Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 221
3) Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 212 f.

"festgestellte Sachverhältnis" berühren und die Unrichtigkeit der Berufungsentscheidung erst ergeben, weil die Vorschrift nur die Folgeentscheidung nach bereits festgestellter Unrichtigkeit betrifft. Wenn, wie es scheint, der BGH die Entscheidung über den Feststellungsantrag nur auf Grund des in der Revisionsinstanz erklärten Verzichts aufgehoben hat, so hat das mit dem Gedanken des § 565 Abs. 3 S. 1 nichts zu tun.

Aber auch wenn der BGH die Vorentscheidung aus anderen, nicht veröffentlichten Gründen für unrichtig gehalten haben sollte[1], so daß sie unabhängig von dem neuen Vorbringen aufzuheben war, vermag § 565 Abs. 3 S. 1 sein Vorgehen nicht zu stützen. In diesem Fall hätte zwar das Berufungsgericht nach Zurückverweisung den Verzicht beachten müssen, und dadurch, daß der BGH die Abweisung des Feststellungsantrags vorwegnahm, konnte eine Beschleunigung des Verfahrens möglicherweise erreicht werden (wobei allerdings zu bedenken ist, daß sich das Berufungsgericht wegen der Aufhebung der Entscheidung über die Widerklage ohnehin nochmals mit der Sache zu befassen hatte[2]. Jedoch reicht die Prozeßökonomie allein nicht als Begründung[3], und

1) Arens, AcP 161 (1962), S. 212 f., meint, es bleibe unklar, auf welchen Überlegungen die Entscheidung letzten Endes beruhe, obwohl ein weiterer Aufhebungsgrund in Bezug auf den Feststellungsantrag nicht ersichtlich ist. Zuzustimmen ist Arens jedenfalls darin, daß aus der Entscheidung über die Widerklage hierzu nichts zu entnehmen ist. Vgl. zu diesem Punkt auch Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 220, Fußnote 188

2) Hierauf stellt Blomeyer (§ 104, V, 2 d, Fußnote 4) ab. Zwar darf nach seiner Ansicht das Revisionsgericht den Verzicht und die damit eingetretene Unzulässigkeit der negativen Feststellungsklage grundsätzlich nicht berücksichtigen; er stimmt jedoch der hier besprochenen Entscheidung zu, weil das Berufungsurteil ohnehin aufzuheben gewesen sei und das Revisionsgericht deshalb die Abweisung als unzulässig habe vorwegnehmen dürfen. Das ist m. E. unzutreffend, weil von der Aufhebung der Entscheidung über die Widerklage noch nicht die Entscheidung über die Feststellungsklage betroffen war; ob das Berufungsurteil auch insoweit keinen Bestand haben konnte, mußte selbständig geprüft werden.

3) So auch Arens, AcP 161 (1962), S. 213

und einer Analogie zu § 565 Abs. 3 S. 1 steht folgendes entgegen:

In dem Fall, den § 565 Abs. 3 S. 1 an sich betrifft, gelangt das Revisionsgericht zu der abschließenden Entscheidung durch bloße Rechtsanwendung auf den vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt; an die Stelle der rechtlichen Beurteilung des Berufungsurteils setzt es seine eigene. Davon ist wesentlich verschieden ein Verfahren, bei dem das Revisionsgericht vor der Endentscheidung erst noch den Sachverhalt ergänzt, gleichgültig, ob es das vor oder nach dem Zeitpunkt tut, in dem es erkannt hat, daß das Berufungsurteil fehlerhaft ist. Warum das Revisionsgericht bei der endgültigen Entscheidung in der Sache selbst von den Bindungen befreit sein soll, die ihm bei der Zwischenentscheidung über die Aufhebung auferlegt sind, bedürfte selbständiger Begründung; der Einfluß der Noven auf das Prozeßergebnis ist in beiden Fällen wesentlich, und auch wenn der BGH in der Sache durcherkennt, ist er nicht Tatsacheninstanz, sondern bleibt er Revisionsgericht.

Nach alledem überzeugen die Ausführungen des BGH nicht. Aus den von ihm angegebenen Gründen ist die Zulassung neuen Vorbringens nicht statthaft.

In einer weiteren Entscheidung des BGH, die das Feststellungsinteresse betraf[1], ging es um die Anmeldung eines Vorrechts für eine Forderung im Konkursverfahren. Der Kläger hatte gegen einen Konkursverwalter eine Feststellungsklage gemäß § 146 KO erhoben, mit der er die Feststellung des Vorrechts gemäß § 61 Nr. 2 begehrte. Das LG verurteilte den Konkursverwalter antragsgemäß, dessen Berufung war erfolglos. In Wahrheit hatte jedoch der Kläger - offenbar versehentlich - bei der Anmeldung seiner Forderung im Konkurs das Vor-

1) BGH LM Nr. 2, 3 zu § 61 KO; zustimmend dazu Jaeger-Weber, § 146, Anm. 31

recht gemäß § 61 Nr. 1 beansprucht; für eine Klage auf Feststellung des nicht angemeldeten und somit auch nicht bestrittenen Vorrechts nach Nr. 2 fehlte also das Feststellungsinteresse. In der Revisionsinstanz trug nunmehr der beklagte Konkursverwalter diesen Sachverhalt vor. Daraufhin nahm der Kläger die Anmeldung des Vorrechts nach Nr. 1 zurück und meldete das Vorrecht nach Nr. 2 an; in einem besongeren Prüfungstermin bestritt der Konkursverwalter auch dieses Vorrecht.

Der BGH berücksichtigte diese Vorgänge, also sowohl das Vorbringen von Alttatsachen (die Anmeldung des Vorrechts nach Nr. 1), die die Unzulässigkeit der Klage im Hinblick auf das im Streit befindliche Vorrecht gemäß Nr. 2 ergaben, als auch den Vortrag der Neutatsachen (nachträgliche Anmeldung des Vorrechts gemäß Nr. 2), die das Feststellungsinteresse nachträglich begründeten. Konkursrechtliche Gründe standen der Verwertung der Neuanmeldung im Revisionsverfahren nicht entgegen, weil in dem späteren Prüfungstermin neben dem Konkursverwalter kein Konkursgläubiger widersprochen hatte und somit niemand durch den Eintritt der Rechtskraft ohne Beteiligung an der vorangegangenen Sachverhandlung in seinen Rechten beeinträchtigt wurde. Dagegen wäre eine revisionsrechtliche Begründung für die Ausnahme von § 561 Abs. 1 erforderlich gewesen; daran fehlt es aber, wenn der BGH[1] lediglich ausführt, man würde "formalen Überlegungen" ein ihnen nicht zukommendes Gewicht beimessen und sich in Widerspruch zu den "Grundsätzen einer gesunden Prozeßökonomie" setzen, wenn man die Klage "aus prozessualen Gründen" abweisen wollte, wo beide Parteien eine sachliche Entscheidung wünschten und niemand ein entgegenstehendes Interesse habe.

Die Eigenart dieses Falles liegt darin, daß sich am

1) BGH LM Nr. 2, 3 zu § 61 KO

Ergebnis des BGH nichts geändert hätte, wenn er entsprechend § 561 kein neues Vorbringen zugelassen hätte; allein dieser Umstand läßt nicht eine über prozeßwirtschaftliche Argumente hinausgehende Begründung für die Verwertung von Noven entbehrlich werden.

b) Entscheidungen zu neuem Vorbringen, das sich auf solche prozessualen Urteilserlaßvoraussetzungen bezieht, die nicht schon z. Z. der Berufungsentscheidung vorliegen mußten, sind in unserem Zusammenhang nicht von Interesse, weil das Novenverbot derartigen Vortrag nicht verbietet.[1] Das gilt insbesondere für die Rechtsprechung, die Noven zur Frage der Zulässigkeit der Revision zuläßt.[2] Sie braucht sich nicht mit § 561 Abs. 1 auseinanderzusetzen, und zwar auch dann nicht, wenn die Zulässigkeit des Rechtsmittels vom Vorliegen anderer Prozeßvoraussetzungen abhängt; hat z. B. eine Partei auf Rechtsmittel verzichtet und bestehen Zweifel an ihrer Prozeßfähigkeit[3], so ist auch in der Revisionsinstanz neuer Vortrag zu dieser Prozeßvoraussetzung in dem Umfang zulässig, in dem es zur Klärung der Wirksamkeit des Verzichts und damit zur Entscheidung über die Zulässigkeit der Revision darauf ankommt.[4]

Dagegen sind die Urteile zu beachten, die nova zur Zulässigkeit der Berufung gestatten. In mehreren Entscheidungen hat die revisionsgerichtliche Rechtsprechung die Ansicht vertreten, daß sie in Bezug auf diese Voraussetzung eines den Klageanträgen stattgebenden Berufungsurteils an die Feststellungen der

---

1) S. oben S. 19 ff., 22
2) Vgl. RG Warn. 30 (1938), Nr. 113; RGZ 113, 246 (250); BGHZ 22, 320 (327)
3) So in der Entscheidung RG Warn. 30 (1938), Nr. 113
4) Ebenso Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 215

Vorinstanz nicht gebunden sei[1] und auch neue Tatsachen zu berücksichtigen habe.[2] Abgesehen von der uns nun schon hinreichend vertrauten und formelhaft anmutenden, inhaltsleeren Wendung, die Zulässigkeit der Berufung sei vom Revisionsgericht von Amts wegen zu prüfen, finden sich hierfür aber keine Argumente. Das gilt leider auch für die Fälle[3], in denen zu näherer Begründung besonderer Anlaß bestanden hätte, weil die Rechtsprechung in ihnen konkrete neue Umstände ihren Entscheidungen zugrunde gelegt hat.

Naturgemäß handelte es sich dabei um Alttatsachen, da nach Abschluß des Berufungsverfahrens keine neuen Tatsachen mehr entstehen können, die für die Zulässigkeitsvoraussetzungen dieses Prozeßabschnitts erheblich sind. In der ersten der beiden einschlägigen Entscheidungen[4] hatte das RG damit argumentiert, daß es die Fehlentscheidung des OLG über die Zulässigkeit der Berufung als Verletzung eines Gesetzes in Bezug auf das Verfahren ansah und den Vortrag, der die Unzulässigkeit dieses Rechtsmittels dartun sollte, gemäß §§ 561 Abs. 1 S. 2, 554 Abs. 3 Z. 2 b zuließ. Die Unrichtigkeit dieser Begründung folgt daraus, daß Vorschriften über die Zulässigkeit der Berufung keine verfahrensleitenden, sondern Maßstabsnormen sind.[5] Die andere Entscheidung[6] begnügt sich wieder mit dem Hinweis, das Revisionsgericht habe die für die Zulässigkeit der Berufung bedeutsamen Umstände von Amts wegen zu prüfen.

3. Stellungnahmen in der Literatur

a) Die Ansicht der Rechtsprechung, im Bereich der von

---

1) RG SeuffArch. 97 (1943), Nr. 36, I; OGH NJW 1950, S. 468; BGHZ 4, 389 (395); BGHZ 6, 369 (370); BGHZ 7, 280 (284); BGHZ 30, 112 (114); BGH MDR 1963, S. 291
2) RGZ 159, 83 (84); BGHZ 7, 280 (284); BGH LM Nr. 1 zu § 234 ZPO; BAG AP § 11 ArbGG 1953 Nr. 26
3) RG JW 1904, S. 212 Nr. 29; BGH MDR 1951, S. 732
4) RG JW 1904, S. 212 Nr. 29
5) S. dazu oben S. 23
6) BGH MDR 1951, S. 732

Amts wegen zu prüfenden Zulässigkeitsvoraussetzungen seien stets neue Tatsachen zu beachten, wird im Schrifttum fast einhellig geteilt, soweit es nach Ansicht des jeweiligen Autors auf das Vorliegen der fraglichen Prozeßvoraussetzung in der Revisionsinstanz noch ankommt.[1] Schon ältere Autoren[2] haben sich zu dieser Auffassung bekannt, ohne sie allerdings - abgesehen von Hinweisen auf die Rechtsprechung - zu begründen. Heute wird sie von sämtlichen neueren Lehrbüchern und Kommentaren vertreten, die zu der Frage überhaupt Stellung nehmen[3], sowie von Mattern in seiner zusammenfassenden Darstellung der Novenfrage[4].

Überprüfen wir aber die neuere Literatur daraufhin, welche Argumente sie für ihre Ansicht vorzubringen hat, so werden wir auch hier enttäuscht. So heißt es bei Mattern[5], das Gebot der Prüfung von Amts wegen lege die Notwendigkeit nahe, das Blickfeld des Revisionsrichters nicht schlechthin auf die vom Tatrichter festgestellten Tatsachen zu beschränken, sondern auch neu vorgetragenes Tatsachenmaterial zu berücksichtigen, soweit es für den von Amts wegen zu prüfenden Punkt erheblich sein könne. In welcher Weise aber die Amtsprüfung mit der Einschränkung des Novenverbots zusammenhängen soll, sagt Mattern nicht. Ebensowenig tun dies die übrigen Autoren, die gleichfalls lediglich mit der Amtsprüfung operieren.

Dieser einheitlichen Front in der Literatur ist bisher

---

1) S. dazu unten S. 89 ff.
2) Förster-Kann, § 561, Anm. 4 a, aa; Seuffert-Walsmann, 12. Auflage, § 561, Anm. 2 c; Stein-Jonas, 8. und 9. Auflage, § 561, Anm. I, 18; Sydow-Busch, 9. Auflage, § 561, Anm. 4
3) Baumbach-Lauterbach, § 561, Anm. 3) B; Thomas-Putzo, § 561, Anm. 4 b; Zöller, § 561, Anm. 1; Blomeyer, § 104 V, 2 c; Rosenberg-Schwab, § 146 II, 3 d; Sauer, § 13 I, 1 d; Wieczorek, § 561, Anm. A II, b 1; Zeiß, § 83 VII, A 3 b; zur Ansicht von Stein-Jonas-Grunsky s. sogleich unten S. 8
4) JZ 1963, S. 649 ff.
5) JZ 1963, S. 649

lediglich Rimmelspacher entgegengetreten.[1] Er hält § 561 Abs. 1 im Bereich der prozessualen Urteilserlaßvoraussetzungen für strikt anwendbar. Von den Grundgedanken der prozessualen Urteilserlaßvoraussetzungen her werde die Zulassung neuen Vorbringens nicht gefordert. Diese These wird zu überprüfen sein.[2] Da Rimmelspacher von der unbeschränkten Geltung des Novenverbots im materiellrechtlichen Bereich ohne weiteres ausgeht, ist in der Revisionsinstanz nach seiner Ansicht überhaupt kein Raum für eine Prüfung von Amts wegen, weil es dort keinen Prozeßstoff gibt, über den die Parteien disponieren könnten, so daß keine Parteiherrschaft in Betracht kommt, die durch die Amtsprüfung eingeschränkt werden müßte.[3] Ob diese letztere Auffassung zutrifft, hängt davon ab, daß es nicht doch allgemeine Grundsätze gibt, nach denen das Novenverbot eingeschränkt werden kann oder muß. Sollten wir in unserer Untersuchung auf solche Grundsätze stoßen, dann wird zu prüfen sein, ob sie auch für die prozessualen Urteilserlaßvoraussetzungen gelten, oder ob die dann wieder in Betracht zu ziehenden Regeln der Amtsprüfung dazu nötigen, das Ergebnis zu modifizieren.

Der Auffassung Rimmelspachers neigt grundsätzlich auch Grunsky[4] zu. Er meint, daß sich aus § 561 nichts dafür entnehmen lasse, daß zwischen den von Amts wegen zu prüfenden Umständen und den sonstigen Tatsachen unterschieden werden sollte. Das trifft sicherlich zu, doch geht dieses Argument ins Leere, wenn sich zeigen sollte, daß neues Vorbringen ausnahmsweise in beiden Fällen gestattet werden kann - dann werden beide Arten von Tatsachen wieder gleich behandelt -, oder wenn die von den amtswegig zu prüfenden Prozeßvoraussetzungen verfolgten Ziele eine von den mate-

1) Amtsprüfung, S. 190 ff.
2) Unten S. 205 ff.
3) S. dazu oben S. 66 f.
4) Stein-Jonas-Grunsky, § 561, Anm. II, 2 c

riell-rechtlichen Voraussetzungen verschiedene Behandelung im Revisionsverfahren erfordern. Trotz seiner Bedenken gegen die h. M. legt Grunsky aber diese dennoch seiner Kommentierung zugrunde.

b) Über den Zeitpunkt, in dem die Prozeßvoraussetzungen im Prozeß gegeben sein müssen, gehen die Ansichten in der Literatur auseinander.[1] Zwar braucht diese Frage im Rahmen unserer Untersuchung an sich nicht behandelt zu werden; jedoch sind die dazu im Schrifttum vorgebrachten Argumente für uns mittelbar deshalb von Interesse, weil sie möglicherweise auch mit dem Problem der Novenzulassung zusammenhängen. Denn wer der Ansicht ist, daß die Prozeßvoraussetzungen nur im Zeitpunkt der letzten mündlichen Berufungsverhandlung vorliegen müssen, wird zwangsläufig neues Vorbringen nicht zulassen, mit dem der nachträgliche Eintritt oder Wegfall einer solchen Urteilserlaßvoraussetzung begründet werden soll; dagegen muß nicht unbedingt die Folge dieser Auffassung sein, daß auch Alttatsachen ausgeschlossen sind, aus denen sich ergibt, daß schon in der Berufungsinstanz eine Prozeßvoraussetzung nicht vorgelegen hat. Umgekehrt wird, wer die letzte Revisionsverhandlung für maßgebend hält, geneigt sein, Veränderungen während des Revisionsverfahrens noch zu beachten, denn nur mit dieser Konsequenz besteht ein wesentlicher Unterschied zu der Ansicht, die auf den früheren Zeitpunkt abstellt; dann müßte man aber auch eine Auseinandersetzung mit dem Novenverbot erwarten dürfen. Wir wollen also die verschiedenen Stellungnahmen in der Literatur daraufhin überprüfen, ob sie Argumente zur Zulassung neuer Tatsachen beisteuern; dabei ist für uns die letztgenannte Auffassung von besonderer Bedeutung, während die erstere, die es auf die letzte Berufungsverhandlung ankommen lassen will, für den

---

1) Nachweise unten S. 92, Fußnote 4, und S. 93, Fußnote 1

Ausschluß von Neutatsachen den Wortlaut des § 561 Abs. 1 für sich hat, insoweit keiner besonderen Begründung bedarf und deshalb vor allem unter dem Aspekt neuer Alttatsachen interessant ist.

aa) Zu den Vertretern der Ansicht, die die letzte Berufungsverhandlung für ausschlaggebend hält, gehört Rimmelspacher, dessen von der h. M. abweichende Auffassung zur Novenzulassung im Bereich der Prozeßvoraussetzungen wir bereits kennengelernt haben[1]: Nach Rimmelspacher ist jeglicher neue Vortrag auch zu den Prozeßvoraussetzungen ausgeschlossen, und zwar sowohl das Vorbringen von Alt- wie von Neutatsachen, so daß die Parteien nachträglich weder behaupten können, daß eine Prozeßvoraussetzung weggefallen oder nunmehr erst erfüllt sei, noch daß sie schon in der Berufungsinstanz vorgelegen oder nicht vorgelegen habe.

Seinem Grundsatz scheint Rimmelspacher indes wenig später selbst untreu zu werden, soweit er den Ausschluß von Alttatsachen betrifft. Er will nämlich einem Beklagten, der vom Berufungsgericht verurteilt worden ist, und der die Verletzung von Normen über prozessuale Urteilserlaßvoraussetzungen rügen möchte, gestatten, mit der Revisionsbegründung konkrete Umstände vorzubringen, die Zweifel des Revisionsgerichts am Vorliegen einer Prozeßvoraussetzung begründen sollen. Eine solche Rüge soll nach Rimmelspacher[2] den Anforderungen entsprechen müssen, "die an das Parteivorbringen in der Tatsacheninstanz zu stellen sind, mit dem Zweifel des Gerichts am Vorliegen der prozessualen Voraussetzungen begründet werden sollen"; das heißt, daß "Umstände von einer bestimmten Schwere ins Feld geführt werden, die die Überzeugung vom Vorliegen eines Sachverhalts zu erschüttern vermögen", und daß u. U. auch "positive Gegenangaben"

1) Oben S. 87 f.
2) Amtsprüfung, S. 199

vorgetragen werden müssen.[1] Ferner sollen im dritten Rechtszug außer derartigem Parteivortrag auch sonstige Momente als Bedenken begründende Umstände zugelassen sein.[2] Es scheint hiernach also, als ob Rimmelspacher das Vorbringen von Alttatsachen gestatten will, mit denen dargetan werden kann, daß Prozeßvoraussetzungen z. Z. der Berufungsverhandlung nicht vorgelegen haben.

Jedoch wird an anderer Stelle der Untersuchungen Rimmelspachers[3] deutlich, daß er derartige zweifelsbegründende Umstände überhaupt nicht zum Prozeßstoff rechnet. Denn diese durch Bestreiten der Parteien oder sonstwie dem Gericht bekanntgewordenen Umstände sollen nur anzeigen, wann das Gericht am Vorliegen der prozessualen Urteilserlaßvoraussetzungen zu zweifeln hat und deshalb besondere Beweistätigkeit entwickeln muß, um die die Prozeßvoraussetzung begründenden Umstände festzustellen, oder wie Rimmelspacher es ausdrückt[4], "um den unabhängig von ihnen (den zweifelsbegründenden Tatsachen) vorhandenen prozessualen beweiserheblichen Prozeßstoff in den entscheidungserheblichen[5] zu überführen". Diese Auffassung, wonach die Tatsachen der genannten Art nicht zum Prozeßstoff gehören sollen, trifft aber nicht zu. Wenn beispielsweise der Beklagte in der Revisionsbegründung rügt, daß die Prozeßvoraussetzung "Prozeßfähigkeit" beim Kläger nicht vorgelegen habe, dann muß er nach Rimmelspacher konkrete Tatsachen vortragen, aus denen sich Anhaltspunkte hierfür ergeben, etwa ein bestimmtes, auf Zurechnungsunfähigkeit hindeutendes Verhalten des Klägers. Ob dieser Vortrag der Wahrheit entspricht, müßte das Gericht - nach Rimmelspacher wegen des Novenverbots das Berufungsgericht nach Zurückverweisung - dann durch

---

1) Amtsprüfung, S. 158
2) aaO S. 199
3) aaO S. 156 ff., 160
4) aaO S. 160
5) Zu den Begriffen "beweiserheblich" und "entscheidungserheblich" s. Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 26 f.

Beweisaufnahme klären, Wird aber über Tatsachen Beweis erhoben, so sind diese auch Prozeßstoff geworden [1], und zwar im Sinne Rimmelspachers beweiserheblicher Prozeßstoff; oder umgekehrt ausgedrückt: es können nicht über die Wahrheit von Behauptungen, die überhaupt nicht Prozeßstoff geworden sind und also dem Urteil auch nicht zugrunde gelegt werden können, Feststellungen getroffen werden. Die Ansicht Rimmelspachers über die Rüge einer Verletzung von Prozeßvoraussetzungs-Normen hat somit notwendig zur Folge, daß im Widerspruch zu § 561 Abs. 1 jedenfalls Alttatsachen im Revisionsverfahren zugelassen werden. Da Rimmelspacher selbst die ausnahmslose Anwendung des § 561 Abs. 1 fordert[2], fehlt es an einer Rechtfertigung für dieses Ergebnis; von Rimmelspachers Standpunkt aus ist sie allerdings auch nicht erforderlich, weil er - wie dargelegt - die fraglichen Tatsachen nicht als Prozeßstoff ansieht.

Von den übrigen Autoren, die als maßgebenden Zeitpunkt für das Vorliegen der Prozeßvoraussetzungen grundsätzlich[3] die letzte Berufungsverhandlung ansehen[4], wollen nur Lent-Jauernig den Vortrag von Alttatsachen in diesem Bereich generell zulassen[5], ohne hierfür aber eine Begründung zu geben.

---

1) Soweit also das Gericht von sich aus zweifelsbegründende Tatsachen zum Gegenstand der Verhandlung macht, führt es selbst Tatsachen in den Prozeß ein. Daher hat von Weber, ZZP 57 (1933), S. 91, Recht, wenn er in Bezug auf unzulässigkeitsbegründende Umstände die Untersuchungsmaxime gelten lassen will. Ebenso Stein-Jonas-Schönke-Pohle, vor § 128, Anm. VII, 3 b; Grunsky, Grundlagen, S. 174

2) S. oben S. 90

3) Über Ausnahmen s. unten S. 94 ff.

4) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 300, Anm. III, 1; Thomas-Putzo, vor § 253, Anm. III, A (anders aber § 561, Anm. 4 b); Blomeyer, § 39 II, 2 (anders aber § 104 V, 2 d); Lent-Jauernig, § 33 V, 7; Rosenberg, 9. Auflage, § 89 IV, 4; Schönke-Schröder-Niese, § 45 V (anders aber § 88 II, 1 a); Arens, AcP 161 (1962), S. 211. Ebenso BGHZ 31, 279 (283).

5) § 74, IV, A 1

bb) Ebensowenig ergiebig für unsere Novenfrage sind die Äußerungen derjenigen Schriftsteller, nach denen die Prozeßvoraussetzungen generell noch z. Z. der letzten Revisionsverhandlung vorliegen müssen[1], obwohl hier eine Auseinandersetzung mit § 561 Abs. 1 besonders geboten gewesen wäre; denn das wesentliche Anliegen dieser Auffassung ist es gerade, tatsächliche Änderungen in Bezug auf die Prozeßvoraussetzungen nach Abschluß der Berufungsinstanz noch zu berücksichtigen.

So meint Schwab[2], daß insoweit neue Tatsachen bis zur letzten mündlichen Verhandlung in der Revisionsinstanz vorgebracht und berücksichtigt werden könnten, auch wenn es sich um Tatsachen handele, die nach der letzten Tatsachenverhandlung eingetreten seien. Zur Begründung heißt es aber lediglich, daß auch das Revisionsgericht ein Sachurteil nur erlassen dürfe, wenn die Prozeßvoraussetzungen vorliegen.

Bettermann[3] stützt sich auf die Entscheidung BGHZ 18, 98 ff.[4] und auf die Rechtsprechung des BGH zur Berücksichtigung von Gesetzesänderungen im Revisionsverfahren[5] und leitet daraus die These ab, daß es für die Begründetheit der Revision nicht darauf ankomme, ob das angefochtene Urteil nach der zu seiner Zeit gegebenen Sach- und Rechtslage richtig war, sondern ob es der gegenwärtigen Rechtslage entspreche. Die genannte BGH-Entscheidung vermag diese Meinung Bettermanns nicht mehr zu tragen, weil sie inzwischen durch die Entscheidung BGHZ 31, 279 ff. überholt ist, nach der Veränderungen in Bezug auf die Prozeßvoraussetzungen in der Revisionsinstanz nicht berück-

---

1) Bettermann, DVBl 1959, S. 312, Fußnote 26; Rosenberg-Schwab, § 97 V, 4 d; Wieczorek, § 561, Anm. A II, b 2; Zeiß, § 45 V, 2 c
2) Rosenberg-Schwab aaO
3) aaO
4) S. oben S. 80 ff.
5) Dazu unten S. 147 ff.

sichtigt werden können, soweit es sich um Neutatsachen handelt. Und was die Rechtsprechung zu Gesetzesänderungen während des Revisionsverfahrens betrifft, so steht ihr § 561 von vornherein nicht entgegen; daraus, daß das Revisionsgericht bei der ihm obliegenden rechtlichen Überprüfung anhand des berufungsinstanzlichen Sachverhalts möglicherweise das zu dieser Zeit geltende Recht anzuwenden hat, folgt noch nichts für seine Befugnis, diesen Sachverhalt zu ergänzen.

Zeiß[1] sieht in der Tendenz der Rechtsprechung, die Veränderung von Prozeßvoraussetzungen nach Schluß der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung noch zu berücksichtigen[2], zwar einen Verstoß gegen § 561, hält es jedoch für angemessen, Zulässigkeitsvoraussetzungen, deren Bedeutung durch die angeordnete Amtsprüfung unterstrichen wird, auch dann noch zu berücksichtigen, wenn sie auf neuen Tatsachen beruhen. Warum aber der rechtspolitische Zweck der Prozeßvoraussetzungen, aus dem ihre besondere Bedeutung zu erschließen ist, neues Vorbringen rechtfertigt, wird nicht ausgeführt.

Die oben[3] genannten Autoren, nach denen für die Prozeßvoraussetzungen der Zeitpunkt der letzten mündlichen Berufungsverhandlung entscheidend sein soll, machen z. T. für einzelne Prozeßvoraussetzungen Ausnahmen; diese betreffen die Prozeßfähigkeit bzw. die ordnungsgemäße gesetzliche Vertretung, die Parteifähigkeit, die Zulässigkeit des Rechtswegs und das Feststellungsinteresse.

Die Meinung, daß es für die Prozeßfähigkeit bzw. für die gesetzliche Vertretung und für die Parteifähigkeit auf die letzte Revisionsverhandlung ankomme[4],

---

1) § 45 V, 2 c
2) S. dazu die unten S. 97, Fußnote 4, und S. 98, Fußnote 4 angeführten Entscheidungen
3) S. 92, Fußnote 4)
4) So auch RG JW 1906, S. 427, Nr. 13; RG JW 1905, S. 73; RGZ 118, 196 (198); RGZ 148, 225 (227)

ist von Rosenberg begründet worden.[1] Rosenberg argumentiert, daß der Eintritt oder Wegfall einer Prozeßvoraussetzung, deren Mangel das Urteil nichtig oder vernichtbar machen würde, noch in der Revisionsinstanz vorgebracht werden dürfe, weil auch die nach § 579 Abs. 1 Z. 4 mögliche Genehmigung noch während der Revision erklärt werden könne. Wegen Fehlens von Prozeßvoraussetzungen ist ein Urteil dann vernichtbar, wenn eine Partei prozeßunfähig oder nicht gesetzlich vertreten oder parteiunfähig[2] war. Der Ansicht Rosenbergs stimmt Rimmelspacher[3] insofern zu, als auch er die Genehmigung der bisherigen Prozeßführung durch den in der Berufungsinstanz unterlegenen Kläger im Revisionsverfahren zulassen will, weil diese Genehmigung rückwirkend die bisher fehlende Urteilserlaßvoraussetzung beschaffe und diese Sonderwirkung gemäß § 551 Z. 5 auch noch für die Revisionsinstanz beachtlich sei.

Dem ist aber folgendes entgegenzuhalten: Zunächst ist aus den §§ 551 Z. 5, 579 Abs. 1 Z. 4 nichts dafür zu entnehmen, wann die Genehmigung erklärt werden kann; das gilt besonders für § 579 Abs. 1 Z. 4, der nichts mit dem Revisionsverfahren zu tun hat und deshalb nichts darüber aussagt, ob für die Genehmigung eine Ausnahme vom Novenverbot zu machen ist. Ferner ist gegenüber Rimmelspacher und Rosenberg einzuwenden, daß eine Genehmigung in der Revisionsinstanz überhaupt nur in Frage kommt, wenn entweder das Berufungsurteil an sich ohnehin aufzuheben ist, oder wenn bereits andere Noven vorgebracht sind. Dies wird bei einer Be-

1) 1. Auflage, § 89 IV, 4; ebenso ohne Begründung Arens, Baumbach-Lauterbach, Lent-Jauernig, Stein-Jonas-Schönke-Pohle (Nachweise oben S. 92, Fußnote 4)
2) Auf den Mangel der Parteifähigkeit werden §§ 551 Z. 5, 579 Abs. 1 Z. 4 nach h. M. entsprechend angewendet; vgl. Baumbach-Lauterbach, § 56, Anm. 1 B; Thomas-Putzo, § 551, Anm. 2 Nr. 5 und § 579, Anm. 2; Wieczorek, § 56, Anm. A, I a; Blomeyer, § 7 III, 4; Rosenberg-Schwab, § 43 IV, 2 b; a. A. Stein-Jonas-Grunsky, § 579, Anm. II, 4
3) Amtsprüfung, S. 215 ff., 217

trachtung der möglichen Fallgestaltungen deutlich.

Denkbar ist erstens, daß eine der hier fraglichen Prozeßvoraussetzungen bereits z. Z. der letzten Berufungsverhandlung gefehlt hat. Hat das Berufungsgericht dies übersehen, so kann hierauf eine Revisionsrüge gestützt werden. Sie muß entweder damit begründet werden, daß das Berufungsgericht trotz im vorinstanzlichen Prozeßstoff enthaltener gegenteiliger Anhaltspunkte die Voraussetzungen der prozessualen Urteilserlaßvoraussetzung für gegeben angenommen habe. Trifft das zu, dann ist das Berufungsurteil aufzuheben, und es besteht die Möglichkeit, eine etwaige Genehmigung der Prozeßführung nach Zurückverweisung in der Berufungsinstanz vorzubringen; zwar würde diese Zurückverweisung u. U. vermieden, wenn man die Erklärung der Genehmigung bereits in der Revisionsinstanz zuließe, und insofern mag eine Ausnahme von § 561 Abs. 1 aus prozeßökonomischen Gesichtspunkten wünschenswert erscheinen, jedoch muß festgestellt werden, daß es auch ohne Einschränkung des Novenverbots möglich ist, eine Genehmigung der Prozeßführung noch in das anhängige Verfahren unter Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrensweise einzuführen.

Weitaus häufiger wird aber der Fall eintreten, daß das Berufungsgericht den von ihm festgestellten Prozeßstoff richtig unter die prozessuale Urteilserlaß-voraussetzungen regelnden Normen subsumiert hat, daß aber eine Partei in der Revisionsbegründung mit neuen Tatsachen das Vorliegen einer Prozeßvoraussetzung z. Z. der letzten Berufungsverhandlung in Zweifel ziehen will. Erst wenn ihr das gelungen ist - und das hängt davon ab, ob man in diesem Bereich Noven für zulässig hält - besteht Anlaß, die Genehmigung der Prozeßführung zu erklären.

Entsprechendes gilt für die andere Fallgestaltung,

daß die Prozeßvoraussetzung bis zur letzten Berufungsverhandlung vorhanden war und danach entfallen ist. Auch dann ist für die Genehmigung einer Prozeßführung nur Raum, wenn der Wegfall der Prozeßvoraussetzung zuvor durch neues Vorbringen dargetan werden konnte.

Wir sehen also, daß die Einführung einer Genehmigung der bisherigen Prozeßführung in das Revisionsverfahren vor allem[1] dann praktisch wird, wenn schon durch Verwertung anderer neuer Umstände das Fehlen einer Prozeßvoraussetzung erhärtet wurde. Die Frage, ob solche Umstände in Bezug auf die Prozeßvoraussetzungen, seien es Alt- oder Neutatsachen, berücksichtigt werden können, ist aber noch nicht geklärt; ihre Beantwortung hängt im Bereich der hier fraglichen Prozeßvoraussetzungen auch davon ab, ob im Revisionsverfahren Nichtigkeitsgründe vorgebracht werden können.[2] Die Hinweise Rosenbergs und Rimmelspachers auf §§ 551 Z. 5, 579 Abs. 1 Z. 4[6] vermögen demnach das Problem, ob es für die Prozeßvoraussetzungen Partei- und Prozeßfähigkeit bzw. richtige gesetzliche Vertretung auf die letzte Revisionsverhandlung ankommt, noch nicht befriedigend zu lösen.

Ebensowenig überzeugt das Argument Rosenbergs[3], daß es für die Prozeßvoraussetzung "Zulässigkeit des Rechtswegs" auf die letzte Revisionsverhandlung deshalb ankomme[4], weil die Normen über die Zulässigkeit des Rechtswegs zwingend seien. Rimmelspacher[5] hat zutreffend darauf

---

1) Unabhängig von sonstigen Umständen ist die Einführung einer Genehmigung allerdings in folgendem Fall denkbar: Mit der Revision wird geltend gemacht, die Prozeßabweisung durch das Berufungsgericht wegen fehlender Prozeßfähigkeit beruhe auf einem Rechtsirrtum; für den Fall, daß das Revisionsgericht diese Ansicht nicht teilt, wird die Genehmigung der bisherigen Prozeßführung durch den gesetzlichen Vertreter erklärt.
2) Dazu unten S. 183 ff.
3) 9. Auflage, § 89 IV, 4 und § 11 III, 2; ihm folgen Arens, AcP 161 (1962), S. 211; Lent-Jauernig, § 33 V, 7; Wieczorek, § 561, Anm. B III, a 1
4) Ebenso im Ergebnis RGZ 104, 23 (24); RGZ 161, 163 (165) - zu diesen beiden Entscheidungen s. o. S. 75 f - RGZ 101, 143 (146); RGZ 117, 400 (403); RGZ 153, 1 (4); RG Warn. 17 (1925), Nr. 13
5) Amtsprüfung, S. 219 f.
6) S. oben S. 95

hingewiesen, daß hieraus für den Zeitpunkt, in dem die den Rechtsweg eröffnenden Umstände vorliegen müssen, nicht mehr folgt als bei den zwingenden materiell-rechtlichen Normen. Die von Rosenberg[1] zusätzlich herangezogene Vorschrift des § 547 Abs. 2 existiert inzwischen nicht mehr.

Schließlich halten Rosenberg[2] und Baumbach-Lauterbach[3] die letzte Revisionsverhandlung auch für den entscheidenden Zeitpunkt im Hinblick auf das Feststellungsinteresse[4], wie sich aus der zustimmenden Zitierung der Entscheidung BGHZ 18, 98 ff. ergibt. Wir haben aber bereits bei der Besprechung dieses Urteils gesehen[5], daß es nicht tragfähig begründet ist, so daß die Bezugnahme von Rosenberg und Baumbach-Lauterbach hierauf ohne Beweiskraft ist.

4. Zusammenfassung

Unser Überblick über Rechtsprechung und Literatur im Bereich der prozessualen Urteilserlaßvoraussetzungen hat gezeigt, daß die Beschränkung des § 561 Abs. 1 hier fast allgemein unbeachtet bleibt, ohne daß aber Begründungen gegeben werden, die dies rechtfertigen könnten. Während bei den materiell-rechtlich erheblichen neuen Tatsachen immerhin wenigstens in der Literatur ein allgemeines Kriterium angeboten wird, das die Ergebnisse der Rechtsprechung stützen kann, fehlt es bei den Prozeßvoraussetzungen auch hieran. Lediglich in zwei Entscheidungen des BGH[6] werden tieferdringende Begründungen angeführt, die letztlich aber nicht stichhaltig sind. Im übrigen beruft sich die Rechtsprechung nur auf die Notwendigkeit einer Prüfung von Amts wegen; dieses ständig wiederholte Argument erstarrt in einer langen Kette von Urteilen

1) 9. Auflage, § 89 IV, 4
2) aaO § 143 III, 2
3) § 561, Anm. 3 B und § 565, Anm. 3 A
4) Ebenso RGZ 160, 204 (209); RG HRR 1928, Nr. 468; BGH LM Nr. 1 zu § 565 Abs. 3; BGHZ 18, 98 (105 f.); BAGE 8, 228 (233); BAG AP § 611 BGB Lehrer, Dozenten Nr. 4; BAG NJW 1961, S. 1885
5) Oben S. 80 ff.
6) BGHZ 18, 98 ff. (oben S. 80 ff.) und BGHZ 53, 128 ff. (oben S. 78 ff.)

allmählich zur stereotypen Formel ohne jeden Aussagewert, weil nirgends auch nur versucht wird zu zeigen, weshalb die rechtspolitischen Zielsetzungen der prozessualen Urteilserlaßvoraussetzungen, die das besondere Prüfungsverfahren zur Einschränkung der Parteiherrschaft über den Prozeßstoff zur Folge gehabt haben, zu einer Abänderung revisionsrechtlicher Grundsätze zwingen sollen. Der gelegentlich anzutreffende Hinweis auf Erfordernisse des öffentlichen Wohls[1] ist zu pauschal und inhaltlich unbestimmt, als daß er zur Klärung beitragen könnte.

Nach alledem mutet nahezu verblüffend an, daß sich über Jahrzehnte hinweg eine gefestigte Rechtsprechung entwickeln konnte, die im Bereich der von Amts wegen zu prüfenden Zulässigkeitsvoraussetzungen die Verfahrensvorschrift des § 561 Abs. 1 praktisch völlig unbeachtet läßt, ohne dies einmal ausreichend zu begründen.

Möglicherweise haben bei dem Bestreben der Rechtsprechung, alle für das Vorliegen der Prozeßvoraussetzungen bedeutsamen Umständen in allen Verfahrensabschnitten zu beachten, noch veraltete Vorstellungen über die besondere systematische Bedeutung der Prozeßvoraussetzungen eine Rolle gespielt. Darauf deutet eine ältere RG-Entscheidung[2] hin, in der das Gericht ausführt, daß es zur Vermeidung eines nichtigen Verfahrens in jedem Stadium, auch in der Revisionsinstanz, den Mangel der Prozeßfähigkeit von Amts wegen zu berücksichtigen habe. Diese Begründung befremdet, wenn man bedenkt, daß ein trotz Fehlen dieser Prozeßvoraussetzung ergehendes Urteil nach der ZPO keineswegs nichtig ist, sondern nur anfechtbar. Sie wird aber verständlicher, wenn man sich daran erinnert, daß im Gemeinen Prozeßrecht bis zum Inkrafttreten der ZPO die - erst von Bülow im Jahre 1868 sogenannten[3] -

1) RGZ 160, 338 (348) mit der Verweisung auf RGZ 150, 330 (334)
2) RG JW 1905, S. 73 Nr. 5
3) Proceßeinreden, S. 6

Prozeßvoraussetzungen vorliegen mußten, damit ein gültiges Prozeßrechtsverhältnis zustande kam und ein wirksames Urteil ergehen konnte.[1] Bülow selbst hing dieser Auffassung noch an[2], obwohl sie ihre Grundlage bereits im römischen Prozeßrecht mit der Einführung von Rechtsmitteln verloren hatte, weil hierdurch die Nichtigkeitsfolge im Falle bestimmter Entscheidungsmängel entbehrlich wurde.[3]

Unter der Herrschaft der gemeinrechtlichen Regeln mußte es allerdings geboten erscheinen, alles zu tun, um ein nutzloses, weil mit einem unwirksamen Urteil abschließendes, Verfahren zu vermeiden und jederzeit allen Anhaltspunkten nachzugehen, die hierfür von Bedeutung sein konnten. Derartige Gedanken mögen anfangs die Rechtsprechung des RG beeinflußt haben, obwohl sie bereits mit der Einführung der ZPO gegenstandslos wurden, und in nachfolgenden Erkenntnissen wurden dann die so zustandegekommenen Ergebnisse möglicherweise kritiklos übernommen.

Aber auch wenn vielleicht in dieser Weise das Entstehen der Rechtsprechung erklärlich sein könnte, ändert das nichts daran, daß sie heute nach wie vor einer zutreffenden Begründung bedarf, die sich - nachdem die Prozeßvoraussetzungen systematisch gleich den materiell-rechtlichen Erfolgsbedingungen der Klage als Urteilserlaßvoraussetzungen erkannt sind[4] - auf das rechtspolitische Anliegen der amtswegig zu prüfenden Zulässigkeitsvoraussetzungen besinnen muß.

---

1) S. dazu Wetzell, S. 782 ff.; Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 79 ff.
2) Proceßeinreden, S. 273, 303 und ZZP 27 (1900), S. 257
3) Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 84
4) Rimmelspacher, aaO, S. 138 ff.

III. Wiederaufnahmegründe im Revisionsverfahren

1. Der Stand der Rechtsprechung

a) In der Rechtsprechung des RG und des BGH sind bisher, soweit ersichtlich, in insgesamt 3 Entscheidungen[1] Wiederaufnahmegründe, und zwar sämtlich Restitutionsgründe, im Revisionsverfahren berücksichtigt worden. In 2 Fällen[2] wurde die Einführung einer neuen Urkunde (§ 580 Z. 7 b) gestattet, und in einer Entscheidung[3] verwertete der BGH die rechtskräftige Verurteilung der Klägerin wegen Meineids bei der Beeidigung ihrer Aussage vor dem Berufungsgericht (§ 580 Z. 1).

In allen drei Fällen enthielt das neue Vorbringen keine neuen Tatsachen in Bezug auf die Urteilserlaßvoraussetzungen, sondern es diente dazu, die Feststellungen des Berufungsgerichts über das Vorliegen bereits in den Vorinstanzen aufgestellter Tatsachenbehauptungen zu erschüttern; es war also nicht das Novenverbot, sondern das Verbot abweichender Feststellungen (§ 561 Abs. 2) betroffen.

Dennoch sollen die Entscheidungen hier kurz besprochen werden. Einmal ist es möglich, daß in anders gelagerten Fällen im Zusammenhang mit einer neu aufgefundenen Urkunde auch neue Tatsachen vorgebracht werden; es ist anerkannt, daß solche Tatsachen im Restitutionsverfahren zu berücksichtigen sind, wenn sie sich aus der Urkunde selbst ergeben.[4] Wenn also die Begründung der Rechtsprechung die Berücksichtigung neuer Urkunden im Revisionsverfahren trägt, kann darauf auch die Einführung neuer Tatsachen gegründet werden, die in der Urkunde enthalten sind.

---

1) Dabei sind diejenigen nicht noch einmal berücksichtigt, in denen der Wiederaufnahmegrund zugleich eine Prozeßvoraussetzung betraf.
2) RG DR 1944, S. 498; BGHZ 5, 240 ff.
3) BGHZ 3, 65 ff.
4) Vgl. BGHZ 38, 333 ff; Stein-Jonas-Grunsky, § 580, Anm. IV, 2 d mit weiteren Nachweisen in Fußnote 76

Zum anderen sind die genannten Entscheidungen für uns deshalb von Interesse, weil zwar bei den Restitutionsgründen der Angriff auf die Tatsachenfeststellungen im Vordergrund steht, jedoch die Argumente für die Zulassung der Restitutionsgründe auch für die Einschränkung des Novenverbots durch die Berücksichtigung von Nichtigkeitsgründen Bedeutung haben.

Das RG[1] hatte die Verwertung einer neuen Urkunde - offenbar eines Liebesbriefes -, die "nur zur weiteren Stützung der auf ehewidriges Verhalten des Klägers gegründeten Widerklage dienen" sollte, aus zwei Gründen für gerechtfertigt gehalten. Erstens vertrat es die Auffassung, es liege im Sinne einer vernünftigen Prozeßökonomie, Wiederaufnahmegründe nach Möglichkeit noch in einem anhängigen Rechtsstreit zu erledigen, und zweitens stützte es sich auf § 582. Nach dieser Vorschrift werde von der Partei verlangt, daß sie den Restitutionsgrund, soweit sie dazu imstande sei, in dem ersten Rechtsstreit geltend mache. In Weiterverfolgung dieses Rechtsgedankens müsse, zur Verhütung des rechtskräftigen Abschlusses des ersten Rechtsstreits und zur Vermeidung eines neuen Rechtsstreits, das Vorbringen eines Restitutionsgrundes noch in der Revisionsinstanz für zulässig erachtet werden. § 561 stehe dem nicht entgegen. Danach könnte praktisch jeder Wiederaufnahmegrund im Revisionsverfahren vorgebracht werden.

Vom BGH werden - neben dem Gesichtspunkt der Prozeßwirtschaftlichkeit[2] und dem Abstellen auf die "jeweilige verfahrensrechtliche Lage des anhängigen Rechtsstreits"[3] - zwei weitere Argumente ins Feld geführt, die gleichzeitig gegenüber der Rechtsprechung des RG Einschränkungen darstellen. In einer Entscheidung, in welcher es um die Verwertung der rechtskräf-

1) DR 1944, S. 498
2) BGHZ 5, 240 (247); BGHZ 3, 65 (67)
3) BGHZ 5, 240 (248)

tigen Verurteilung der Klägerin wegen Meineids ging[1], hebt der BGH hervor, daß die ohne Berücksichtigung des Strafurteils ergehende Revisionsentscheidung "sich u. U. mit dem Inhalt eines bereits vorliegenden Erkenntnisses eines anderen Gerichts in Widerspruch setzen oder doch dieses Erkenntnis unbeachtet lassen würde."[2] Diese Folge sei für Einheitlichkeit und Ansehen der Rechtsprechung abträglich.

In dem zweiten BGH-Urteil[3] wollte die Beklagte mit einer nachträglich aufgefundenen Urkunde noch im Revisionsverfahren beweisen, daß entgegen den Feststellungen des Berufungsgerichts ihrer Erblasserin eine Beteiligung an einer Fabrik zugestanden habe. Es handelte sich um Klage und Widerklage, wobei das Berufungsurteil über die Klage unabhängig von dem Restitutionsgrund aufzuheben war. Der BGH befürchtete nun[4], daß infolge einer Nichtberücksichtigung des Wiederaufnahmegrundes bei der Entscheidung über die Widerklage im anhängigen Verfahren möglicherweise noch ein weiteres sachlich unrichtiges Urteil ergehen müßte, weil die Entscheidung über die Widerklage wegen ihrer Rechtskraftwirkung die Entscheidung über die Klage in weitem Umfang vorwegnehmen würde, und meinte, daß dies dem Ansehen der Rechtspflege so sehr widerspreche, daß die Urkunde zu berücksichtigen sei.

Soweit nach den beiden vorstehend erwähnten Entscheidungen Restitutionsgründe vom Revisionsgericht beachtet werden sollen, beschränkt sich dies jedoch nach Ansicht des BGH auf die Prüfung, ob das Vorbringen an sich einen Restitutionsgrund bildet, während des-

---

1) BGHZ 3, 65 ff.
2) aaO, S. 68
3) BGHZ 5, 240 ff.
4) aaO, S. 249

sen Begründetheit von der Tatsacheninstanz beurteilt werden müsse.[1] Jedoch müsse das Revisionsgericht auch untersuchen, ob durch das neue Vorbringen eine der betreffenden Partei günstigere Entscheidung überhaupt herbeigeführt werden könne.[2]

In zwei nachfolgenden Entscheidungen hat der BGH die Grenzen, innerhalb deren Wiederaufnahmegründe im Revisionsverfahren vorgebracht werden können, schärfer herausgearbeitet. So wird im Urteil BGHZ 5, 299 ff. betont, daß ein Restitutionsgrund nach § 580 Z. 1 - 5 nur berücksichtigt werden soll, wenn die Voraussetzungen des § 581 vorliegen[3], d. h. wenn wegen der Verfälschung der Urteilsgrundlage eine rechtskräftige Verurteilung des Täters erfolgt ist.

In BGHZ 18, 59 ff. spricht der BGH mit erfreulicher Deutlichkeit aus, daß Gründe der Prozeßwirtschaftlichkeit allein nicht genügen, um entgegen § 561 einen Sachverhalt in der Revisionsinstanz zu berücksichtigen, der den Tatbestand des § 580 Z. 7 b erfüllt. Vielmehr dürfe § 561 nur in den Fällen durchbrochen werden, in denen "höhere Belange der Allgemeinheit und der ihr dienenden Rechtspflege"[4] dieses forderten. Als solche Belange nennt der BGH unter Hinweis auf seine frühere Rechtsprechung einen Widerspruch zu einem anderen Urteil oder dessen Nichtbeachtung sowie die Gefahr, daß im anhängigen Verfahren noch weitere unrichtige Urteile ergehen könnten.

Man wird Gaul[5] und Wieczorek[6] darin zustimmen können, daß die Rechtsprechung des BGH zur Berücksichtigung von Restitutionsgründen eine "rückläufige Tendenz"[7] aufweist.

---

1) BGHZ 5, 240 (249)
2) aaO, S. 249 f.
3) BGHZ 5, 299 (302)
4) BGHZ 18, 59 (60)
5) FamRZ 1960, S. 324
6) § 578, Anm. A II a. E.
7) Gaul, aaO

b) Überprüft man die Begründungen, mit denen in den oben erwähnten Entscheidungen Restitutionsgründe zugelassen wurden, so muß man zunächst feststellen, daß das Urteil des RG[1] nicht haltbar ist. Daß die Prozeßökonomie keinen tragfähigen Gesichtspunkt darstellt, ist - wie soeben festgestellt[2] - von der Rechtsprechung inzwischen selbst erkannt worden. Es gilt in den hier interessierenden Fallgestaltungen in besonderem Maße, weil nach Auffassung des BGH der in der Revisionsinstanz vorgebrachte Restitutionsgrund nur auf seine mögliche Entscheidungserheblichkeit geprüft und danach die Sache zur Begründetheitsprüfung zurückverwiesen wird; damit ergibt sich die Möglichkeit, daß 3 Instanzen mit dem Restitutionsgrund befaßt werden (gegen das nach Zurückverweisung ergehende Urteil kann wieder Revision eingelegt werden), während sonst - d. h. bei Nichtbeachtung des Vorbringens im ersten Verfahren - nur ein zweistufiges Prüfungsverfahren in Betracht kommt, weil nach § 584 Abs. 1 das Berufungsgericht für die Restitutionsklage ausschließlich zuständig ist.[3] Die Prozeßökonomie spricht also eher gegen als für die Berücksichtigung von Restitutionsgründen.

Auch aus § 582, auf den das RG sich zusätzlich stützt, ergibt sich kein Argument für seine Ansicht. § 582 schließt die Restitutionsklage aus, wenn die Partei den Restitutionsgrund in dem früheren Verfahren vorbringen konnte. Ob dies möglich war, richtet sich nach den Regeln, denen das erste Verfahren unterworfen war. Dazu gehört aber auch § 561 Abs. 1, woraus sich ergibt, daß die Partei einen Restitutionsgrund im Revisionsverfahren des ersten Prozesses gerade nicht geltend machen konnte. § 582 setzt also die gesetzliche Verfahrensausgestaltung voraus und kann nicht so verstanden werden, daß er diese abändern will.

---

1) DR 1944, S. 498. Dazu oben S. 102
2) Oben S. 104
3) Gaul, FamRZ 1960, S. 324

Gaul[1] findet es deshalb verständlicherweise "unbegreiflich", daß das RG § 582 für seine Ansicht anführt. Angesichts des Wortlauts von § 582 - er erwähnt Einspruch und Berufung, nicht aber Revision - und aus der eindeutigen funktionalen Aufgliederung des Verfahrensganges[2] hat der sich scheinbar anbietende "Erst-recht"-Schluß (wenn mit einem Restitutionsgrund die Rechtskraft wieder beseitigt werden kann, dann muß erst recht schon ihr Eintritt verhindert werden können) keine Berechtigung. Dies hat das RG bereits in der Entscheidung RGZ 11, 365 ff. ausgesprochen, einem Urteil, das weit eher überzeugt als das hier besprochene spätere. Es heißt dort[3]: "Sollte dem Revisionsgericht eine derartige Entscheidung (d. h. eine Entscheidung, durch die die nach § 561 maßgebenden tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts beseitigt werden) zustehen, wofür vielleicht Zweckmäßigkeitsrücksichten angeführt werden könnten, so hätte es einer desfallsigen Bestimmung in der CPO bedurft, weil die Geltendmachung des gedachten Restitutionsgrundes als Revisionsgrund aus der Natur der Revision nicht folgt, vielmehr derselben widerstreitet. Aus der CPO ergibt sich aber das Gegenteil." Es folgt sodann ein Hinweis auf §§ 582, 584.

Schwerer wiegt das über die Begründung des RG hinausgehende Argument des BGH[4], ohne Berücksichtigung des geltend gemachten Restitutionsgrundes könnte das Revisionsgericht sich mit dem rechtskräftigen Urteil eines anderen Gerichts in Widerspruch setzen, wenn nämlich eine strafgerichtliche Verurteilung wegen einer Falschaussage erfolgt ist, auf die das Revisionsgericht wegen § 561 Abs. 1 sein Urteil grün-

1) FamRZ 1960, S. 324, Fußnote 51
2) Gaul, FamRZ 1960, S. 324
3) RGZ 11, 367
4) BGHZ 3, 65 (68)

den müßte. Es wird am Ende der Arbeit zu prüfen sein[1], ob sich aus den Ergebnissen zur Zulässigkeit neuer Tatsachen Anhaltspunkte ergeben, die für eine Beachtung eines vorangegangenen Strafurteils im Rahmen der Beweiswürdigung sprechen. Immerhin könnte aber den Ausführungen des BGH entgegengehalten werden, daß der an sich unbefriedigende Widerspruch zwischen zwei Entscheidungen durch die Verfahrensausgestaltung der ZPO zweifellos bewußt ermöglicht worden ist, indem Restitutionsgründe nicht in das Revisionsverfahren eingeführt werden dürfen, und daß dieser Widerspruch außerdem nur ein vorläufiger ist, weil das Revisionsurteil im Wiederaufnahmeverfahren aufgehoben werden kann.

Zu erörtern bleibt schließlich noch der Gesichtspunkt, daß das Revisionsgericht, wenn es einen Restitutionsgrund enthaltendes neues Vorbringen nicht verwertet, u. U. die Voraussetzungen dafür schaffen könnte, daß - abgesehen von der Bestätigung eines unrichtigen Urteils - im selben Verfahren noch ein weiteres sachlich falsches Urteil ergehen muß.[2] Dies ist nur dann denkbar, wenn das Revisionsgericht - wie in dem BGH-Fall[2] - über Klage und Widerklage zu entscheiden hat, wenn die Sache nur in Bezug auf eine von beiden Klagen zurückzuverweisen, im übrigen aber durchzuentscheiden ist, und wenn die Entscheidung über den vom Revisionsgericht abschließend zu beurteilenden Streitgegenstand vorgreiflich für den noch zu erledigenden ist. Liegt eine solche Konstellation vor, dann könnte man meinen, auch das Berufungsgericht dürfe nach Zurückverweisung den Restitutionsgrund nicht berücksichtigen, weil es an die vorgreifliche Entscheidung des Revisionsgerichts gebunden sei.[3]

---

1) Unten S. 230
2) BGHZ 5, 240 ff.
3) Zur Bindungswirkung von präjudiziellen Entscheidungen s. näher Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 322, Anm. IX, 2; Rosenberg-Schwab, § 155, III; Grunsky, Grundlagen, S. 449 ff.

Jedoch wird man m. E. in solchen Fällen eine Ausnahme von der Bindungswirkung machen können. Wenn der geltend gemachte Restitutionsgrund tatsächlich gegeben ist, d. h. wenn die aufgefundene Urkunde - um bei dem Fall des BGH[1] zu bleiben - wirklich zu einer der betreffenden Partei günstigeren Entscheidung sowohl über die Klage wie über die Widerklage führen würde, dann steht fest, daß das bereits vorliegende Revisionsurteil keinen Bestand haben wird, daß die Rechtskraft also beseitigt werden kann und aller Voraussicht nach auch beseitigt werden wird. Das Berufungsgericht wäre in dieser Situation vor die Alternative gestellt, entweder die Rechtskraft der Revisionsentscheidung zu beachten und ein weiteres Urteil zu erlassen, das im Wiederaufnahmeprozeß beseitigt werden könnte, oder aber den Restitutionsgrund zuzulassen und wenigstens sein Urteil insoweit "wiederaufnahmefest" zu machen, wenn schon die Wiederaufnahmeklage gegen das Revisionsurteil möglich ist.

M. E. ist die zweite Lösung vorzuziehen, weil die inhaltliche Ausrichtung des Berufungsurteils auf ein anderes rechtskräftiges Urteil in diesem Fall zur leeren Formalität werden und die Übereinstimmung lediglich um ihrer selbst willen herbeiführen würde. Wo die Rechtskraft wegen eines bereits feststehenden Restitutionsgrundes praktisch nur vorläufig besteht, braucht ihr keine Bindungswirkung beigemessen zu werden. Dann aber ist die vom BGH gegebene Begründung für die Zulassung von Restitutionsgründen in Sonderfällen der umschriebenen Art nicht zwingend.

Immerhin ist dem BGH zuzugeben, daß seine Lösung insofern Vorteile bietet, als sie nicht nur eine Beachtung des neuen Vorbringens nach Zurückverweisung des aufzuhebenden Teils der angefochtenen Entscheidung

---

1) BGHZ 5, 240 ff.

gestattet - dies ist nach der soeben vertretenen Ansicht ohnehin möglich -, sondern auch die Beseitigung des anderen, entscheidungsreifen Teils in einem Wiederaufnahmeverfahren überflüssig macht; damit sind wir jedoch wieder bei dem Gedanken der Prozeßökonomie angelangt, der allein keine ausschlaggebende Bedeutung haben kann.

Die Betrachtung der Rechtsprechung ergibt also, daß ihre Argumente, mit denen die Einführung von Restitutionsgründen in das Revisionsverfahren gerechtfertigt wird, nicht restlos überzeugen, wenn auch nicht verkannt werden kann, daß die in den beiden einschlägigen BGH-Entscheidungen vorgebrachten Gesichtspunkte einiges Gewicht haben.

2. Literaturstimmen

Soweit die Literatur sich nicht lediglich auf die Wiedergabe der Rechtsprechung beschränkt[1] oder die Zulassung von Wiederaufnahmegründen mit Rücksicht auf die Prozeßökonomie befürwortet[2], nimmt sie vorwiegend einen gegenüber der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung einschränkenden Standpunkt ein.[3]

So will Grunsky[4] Wiederaufnahmegründe nur dann berücksichtigt wissen, wenn sie sich auf von Amts wegen zu prüfende Umstände beziehen, während im übrigen kein Anlaß bestehe, die neuen Tatsachen in weitergehendem Umfang zu berücksichtigen, als wenn nach der letzten mündlichen Berufungsverhandlung neue Tatsachen eintreten, die geeignet seien, das Berufungsurteil unrichtig erscheinen zu lassen. So wie die Partei hier grundsätzlich darauf angewiesen sei, diese Tatsachen in einem neuen Verfahren geltend zu machen, so müsse sie sich auch mit ihren Wiederaufnahmegründen in ein neues Verfahren verweisen lassen.

---

1) Blomeyer, § 104 V; Rosenberg-Schwab, § 146 II, 3 f.; Zöller, § 561, Anm. 4
2) Zeiß, § 83 VII, A, 3 c
3) Ohne Begründung meint Wieczorek, § 578, Anm. A II, Wiederaufnahmegründe gehörten in der Regel nicht in das Revisionsverfahren
4) Stein-Jonas-Grunsky, § 561, Anm. II, 2 c

Gaul[1] läßt die Frage offen, ob die Rechtsprechung des BGH überhaupt gebilligt werden könne; er neigt eher der gegenteiligen Ansicht zu. Eine Durchbrechung des § 561 könne allenfalls mit dem Gedanken der Wahrung einer widerspruchslosen Rechtspflege gerechtfertigt werden.

Wenig förderlich ist schließlich die Behandlung der Frage durch Mattern.[2] Mattern meint zunächst, die Zulassung derartigen Neuvorbringens sei systemwidrig, weil die ZPO hierfür eine andere Art der Geltendmachung vorsehe, eben das Wiederaufnahmeverfahren. Sodann führt er das "Erst-recht"-Argument[3] an: Wenn das Gesetz sogar eine Beseitigung der Rechtskraft zulasse, dann liege die Erwägung nahe, diese Rechtskraft gar nicht erst eintreten zu lassen, sondern noch im anhängigen Erstverfahren unter Ausweitung der Revisionsinstanz Abhilfe zu schaffen. Dies soll jedoch nur in "geeigneten" Fällen und nur ausnahmsweise möglich sein. Die Grenze soll durch die Sachdienlichkeit im Einzelfall bestimmt werden, wobei Prozeßwirtschaftlichkeit, Billigkeit, Vermeidung von (wenigstens faktisch) einander widersprechenden Urteilen und "andere Gesichtspunkte" eine Rolle spielen können. Diese Kriterien sind aber so unbestimmt, daß sie eine brauchbare Abgrenzung für die Zulassung oder Nichtzulassung von Wiederaufnahmegründen nicht ermöglichen; nach ihnen kann praktisch nicht vorherbestimmt werden, wie in einem Einzelfall zu entscheiden wäre.

Insgesamt gesehen ergeben sich also aus der Literatur keine wesentlichen neuen Erkenntnisse zur Lösung des Problems "Wiederaufnahmegründe im Revisionsverfahren".

---

1) FamRZ 1960, S. 324
2) JZ 1963, S. 652
3) S. dazu oben S. 106

IV. Die Zulassung nichtbeweisbedürftiger Noven

1. Begründungen in der Literatur

Bei der Untersuchung von Rechtsprechung und Literatur zu materiell-rechtlich erheblichen Noven haben wir abschließend festgestellt[1], daß die Rechtsprechungsergebnisse durchweg dann zutreffen, wenn in Bezug auf nichtbeweisbedürftige Tatsachen eine Ausnahme von § 561 Abs. 1 gemacht werden kann. Sollte dies der Fall sein, dann wäre zu prüfen, ob dieser Gesichtspunkt auch für prozeßrechtlich bedeutsames Neuvorbringen und für Wiederaufnahmegründe fruchtbar gemacht werden kann. Wir wollen daher der Frage nachgehen, ob die Gründe, die in der Literatur zur Rechtfertigung ihrer Ansicht vorgebracht werden, das Ergebnis zu tragen vermögen.[2]

Mattern[3], der als erster die generelle Zulassung nichtbeweisbedürftiger Tatsachen vertreten hat, geht davon aus, daß die durch das Novenverbot bewirkte grundsätzliche Beschränkung des Revisionsrichters auf die Würdigung fertiger Sachverhalte deshalb geboten sei, weil andernfalls das "Ziel der Wahrung der Rechtseinheit" wegen noch größerer Verfahrensdauer oder Richterzahl unerreichbar werde. Von diesem Ausgangspunkt aus folgert Mattern, daß der "arbeitsökonomische Gesichtspunkt" es nahelege, die "an sich unnatürliche Beschränkung des revisionsrichterlichen Blickfeldes" - gemeint ist das Novenverbot - dort außer Acht zu lassen, wo die Abweichung von der tatrichterlichen Feststellung schon generell - abstrakt keine Mehrarbeit notwendig mache, und daß deshalb neues tatsächliches Vorbringen dann berücksichtigt werden könne, wenn eine Entscheidung ohne Beweisaufnahme möglich sei; das sei mit dem Wesen der Revision nicht unvereinbar.

---

1) Oben S. 65
2) Von den oben S. 39, Fußnote 6, aufgeführten Vertretern der genannten Meinung geben Baumbach-Lauterbach, Lent-Jauernig und Schumann keine Begründung für ihren Standpunkt
3) JZ 1963, S. 653

Dieser Begründung Matterns hat sich Schwab[1] angeschlossen. Darauf, daß § 561 das Revisionsgericht von der mit der Tatsachenfeststellung durch Beweisaufnahme verbundenen Arbeit entlasten wolle, stellen auch Zeiß[2] und Grunsky[3] ab, ohne allerdings zu sagen, welchem Zweck diese Arbeitsersparnis zugute kommen soll. Ob auch nach ihrer Meinung der Rechtseinheitszweck der Revision[4] dadurch gefördert werden soll, ist zumindest bei Grunsky fraglich, weil nach Grunsky[5] die Revision in erster Linie nicht der Bewahrung der Rechtseinheit, sondern der gerechten Entscheidung des Einzelfalls dienen soll. Grunsky führt zur Begründung zusätzlich an[6], daß nach heute einhelliger Meinung eine nach Abschluß der Berufungsinstanz eingetretene Änderung des auf den Fall anzuwendenden Rechts im Revisionsverfahren berücksichtigt werden müsse[7], so daß die Aufgabe des Revisionsgerichts ohnehin nicht mehr ausschließlich in einer Überprüfung des Berufungsurteils gesehen werden könne; müsse das Revisionsgericht der inzwischen eingetretenen Entwicklung Rechnung tragen, so sei nicht einzusehen, daß sich dies auf Veränderungen des anzuwendenden Rechts beschränken solle. Grunsky will aber - insoweit abweichend von den übrigen Autoren - nur nichtbeweisbedürftige Neutatsachen zulassen, während die Parteien mit Alttatsachen präkludiert sein sollen.

2. Die Tragfähigkeit der Argumentation

Matterns These geht dahin, Zweck des Novenverbots sei es, das Revisionsziel der Rechtseinheit zu unterstützen; dieses Ziel werde durch die Zulassung

1) Rosenberg-Schwab, § 146 II, 3 h
2) § 83 VII, A, 3 d
3) Stein-Jonas-Grunsky, § 561, Anm. II, 2 g
4) S. zu den Revisionszwecken näher unten S. 124 ff.
5) Stein-Jonas-Grunsky, vor § 545, Anm. I, 2
6) S. Fußnote 4
7) S. dazu unten S. 149 f.

von beweisbedürftigem neuen Vorbringen gefährdet, nicht aber durch die Berücksichtigung von offenkundigen oder unstreitigen Tatsachen. Die Frage ist, inwiefern eine Einschränkung des Novenverbots die Herstellung der Rechtseinheit - einen anerkannten Revisionszweck[1] - gefährden würde, und warum unter diesem Gesichtspunkt nichtbeweisbedürftige neue Tatsachen beachtet werden können. Um sie beantworten zu können, ist vorab festzustellen, was unter der im Revisionsverfahren anzustrebenden Rechtseinheit zu verstehen ist, und in welcher Weise das Revisionsgericht sie verwirklichen kann.

a) Wenn davon die Rede ist, daß das Revisionsgericht die Rechtseinheit herzustellen habe, dann scheint damit die Aufgabe angesprochen zu sein, die Einheit der objektiven Rechtsordnung im Sinne ihrer Widerspruchsfreiheit zu verwirklichen.

Diese Einheit ist in der Tat eine Forderung juristischer Logik, weil bei der Rechtsanwendung ein Widerspruch zwischen verschiedenen einschlägigen Normen nicht hingenommen werden kann.[2] Denn "der Richter hat zwar den Einzelfall zu entscheiden, aber unter Anwendung der ganzen Rechtsordnung"[3]; echte Widersprüche innerhalb der Rechtsordnung müssen also - soweit dies dem Rechtsanwender möglich ist[4] - aufgelöst, scheinbare[5] als solche erkannt werden. Zur Beseitigung der Widersprüche steht das methodologische Instrumentarium mit den Hilfsmitteln der Auslegung, Analogie, Reduktion etc.[6] zur Verfü-

---

1) Nachweise unten S. 124 Fußnoten 2 und 3
2) Vgl. Hanack, S. 104 f. Zur Einheit der Rechtsordnung eingehend Engisch in seiner gleichnamigen Schrift
3) Heck, S. 107. Zur Bedeutung dieses Satzes vgl.Engisch, Einheit, S. 26 ff.
4) Zu hinzunehmenden Widersprüchen s. Engisch, Einführung S. 161 ff.; als Beispiel seien sog. Wertungswidersprüche genannt, die dem Gesetzgeber unterlaufen sind
5) Vgl. Engisch, Einheit, S. 43. Zu denken ist etwa an den Fall eines von der allgemeinen Regel abweichenden Spezialgesetzes; hat man das fragliche Gesetz als Spezialgesetz erkannt, dann kann von einem Wertungswiderspruch nicht mehr gesprochen werden
6) Dazu Larenz, Methodenlehre, S. 291 ff.

gung.[1] Die Herstellung der Rechtseinheit in diesem Sinne ist Aufgabe bei jeglicher Rechtsfindung und daher nicht nur vom Revisionsgericht, sondern von allen Instanzgerichten anzustreben.

Für die Bürger aber ist die Rechtseinheit solange nicht verwirklicht, wie die Gerichte über dieselbe Rechtsfrage verschieden urteilen; die Situation ist aus ihrer Sicht nicht anders, als wenn einander widersprechende Rechtsnormen existierten und angewendet würden. In diesem Zusammenhang ist die Feststellung Hanacks[2] berechtigt, Richterspruch und Gesetzesrecht zusammen machten "das geltende Recht" aus. Die Forderung nach Rechtseinheit schließt also die nach Einheitlichkeit innerhalb der Rechtsprechung ein. Nur eine widerspruchsfreie Rechtsprechung schafft die im Interesse der Rechtsunterworfenen erforderliche Klarheit und Berechenbarkeit des Rechts, ist also nicht nur ein Postulat der Rechtsgleichheit, sondern auch ein solches der Rechtssicherheit.[3] Diese Rechtsprechungseinheit zu verwirklichen, kann allerdings nicht Selbstzweck der revisionsgerichtlichen Tätigkeit sein, sondern der höchste Gerichtshof sollte zugleich die Gewähr dafür bieten, daß die der Rechtsprechung vorgezeichneten Linien auch den Grundsätzen der gesamten Rechtsordnung entsprechen und somit die Einheit des objektiven Rechts zur Geltung bringen.

In diesem doppelten Sinne ist es zu verstehen, wenn wir im folgenden von der Aufgabe des Revisionsgerichts sprechen, die Rechtseinheit herzustellen. Die Frage ist nun, wie das geschieht.

---

1) Ob in dieser Weise durch die Rechtserkenntnis die Einheit der Rechtsordnung erst geschaffen oder ob sie dieser bereits immanent war, ist hier ohne Bedeutung. Vgl. dazu Engisch, Einheit, S. 83; Larenz, Methodenlehre, S. 159

2) S. 58

3) Vgl. Hanack, S. 80; Pohle, S. 12 f.; Schwinge, S. 48

Um eine theoretisch lückenlose Einheitlichkeit in der Rechtsanwendung durch die Gerichte herzustellen, müßten alle Rechtsfragen von einem einzigen obersten Gericht entschieden werden[1], und zwar, wie Pohle[2] mit Recht betont, gerecht, weil jede unrichtige Entscheidung einer Rechtsfrage die Gefahr der Wiederholung nach sich zieht. Daß dies nicht durchführbar ist, liegt auf der Hand. Es kann sich also nur darum handeln, ein praktisch zufriedenstellendes Maß an Rechtseinheit zu erreichen.

Dies ist dann gegeben, wenn einander widersprechende Urteile von Obergerichten - das betrifft Urteile der Oberlandesgerichte untereinander, gegensätzliche Entscheidungen des BGH sowie Widersprüche im Verhältnis zwischen Oberlandesgerichten und BGH - vermieden werden, und wenn das Revisionsgericht Gelegenheit erhält, Rechtsfragen zu entscheiden, in denen in besonderem Maße die Gefahr künftig divergierender Rechtsprechung der Instanzgerichte besteht. Eine solche Gefahr droht dann, wenn Rechtsfragen auftauchen, die in der Rechtsprechung noch nicht entschieden worden sind, insbesondere wenn eine Fortbildung des Rechts erforderlich ist. Zwar ist es auch Aufgabe der unteren Gerichte, bei der Entscheidung neu auftauchender und vom Gesetz noch nicht erfaßter Sachverhalte oder Probleme das Recht weiterzuentwickeln[3], jedoch ist zu befürchten, daß diese Fortentwicklung innerhalb der Instanzgerichte in verschiedener Richtung verläuft. Daher ist auch die Rechtsfortbildungsaufgabe des Revisionsgerichts unter dem Gesichtspunkt der Rechtseinheit zu sehen.[4]

---

1) Henke, S. 193
2) S. 12. Ähnlich Esser, JZ 1962, S. 514 ff.
3) Duske, S. 64; Henckel, Prozeßrecht, S. 54; Pawlowski, ZZP 80 (1967), S. 356 f.
4) So besonders Duske, S. 64; zutreffend spricht Gilles, S. 79, von der Revision als einem wirksamen Mittel zur Gewährleistung einer "einheitlichen Rechtsfortbildung"

Das geltende Recht trägt den Erfordernissen einer praktisch ausreichenden Rechtseinheit Rechnung. In allen vorstehend genannten Fällen kann der BGH seine Aufgabe wahrnehmen, die Rechtseinheit zu sichern. Soweit nicht die Revision schon auf Grund des Streitwertes zulässig ist, kann sie vom Berufungsgericht wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassen werden. Eine solche grundsätzliche - im Sinne von rechtsgrundsätzlicher[1] - Bedeutung ist einmal in den Fällen der Divergenz anzunehmen[2], und zwar sowohl, wenn die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte untereinander uneinheitlich ist, als auch, wenn ein OLG von einer Entscheidung des BGH abweicht, weil es eine ältere Rechtsprechung für änderungsbedürftig hält; im letzteren Fall ist das OLG nach § 546 Abs. 2 S. 2 zur Zulassung der Revision ausdrücklich verpflichtet.[3] Rechtsgrundsätzliche Bedeutung ist stets auch dann gegeben, wenn neue Rechtsfragen zu entscheiden sind und wenn eine Rechtsfortbildung in Frage kommt. Der Gefahr schließlich, daß Widersprüche innerhalb der Rechtsprechung des Revisionsgerichts selbst auftreten, sucht § 136 GVG vorzubeugen, wonach kein Senat des BGH von der Entscheidung eines anderen abweichen darf, ohne die Rechtsfrage vorher dem Großen Senat vorgelegt zu haben und von diesem in seiner Ansicht bestätigt worden zu sein.

b) Nach diesem Überblick über die Möglichkeiten des geltenden Verfahrensrechts, die Rechtseinheit zu wahren, ist zu prüfen, in welcher Weise sich die von

---

1) S. dazu Kommissionsbericht, S. 156. Nach h. M. kann die grundsätzliche Bedeutung im Sinne von § 546 Abs. 2 auch auf anderen, insbesondere auf wirtschaftlichem, Gebieten liegen; vgl. BGHZ 2, 396 (397); Stein-Jonas-Grunsky, § 546 VI, 2 a; Thomas-Putzo, § 546, Anm. 3 a; Rosenberg-Schwab, § 143, I, 3

2) So zutreffend Hanack, S. 237, der die Revisionszulassung wegen Divergenz als Unterfall der Zulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung bezeichnet.

3) Zu den Gründen, die es geraten erscheinen lassen, eine solche Pflicht nicht auch für die Divergenz innerhalb der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung zu statuieren, s. Bundesrats-Drucksache 2/1972, S. 17

infolge der Zulassung neuen Vorbringens[1] verwirklichen kann. Hier bedürfen die Ausführungen Matterns der Erläuterung. Mattern meint[2], das "Ziel der Wahrung der Rechtseinheit" werde durch allzu großen Arbeitsumfang und "dadurch bedingte noch größere Verfahrensdauer oder Richterzahl unerreichbar". Diese Aussage ist ungenau. Eine längere Verfahrensdauer führt nur dazu, daß die für die Rechtseinheit bedeutsamen Entscheidungen später ergehen, als es ohne Novenzulassung der Fall wäre; daran, daß alle auf Grund des Streitwerts oder durch Zulassung wegen Divergenz oder grundsätzlicher Bedeutung zum Revisionsgericht gelangenden Rechtsfragen auch beantwortet werden, ändert sich nichts. Eine Mehrbelastung des Revisionsgerichts kann jedoch - und unter dieser Voraussetzung treffen die Ausführungen Matterns zu - nicht durch Verlängerung der einzelnen Verfahren kompensiert werden, sondern muß auf die Dauer durch eine stärkere personelle Besetzung des Gerichts aufgefangen werden; denn die Wirksamkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes ist wesentlich auch davon abhängig, innerhalb welcher Zeit er gewährt wird, und zu später erteilter Rechtsschutz kann seiner Versagung gleichkommen.[3]

Bei erhöhter Arbeitsbelastung wird also eine Vergrösserung des Gerichts notwendig. Mit einer größeren Zahl von Richtern und Senaten aber entsteht zunehmend die Gefahr, daß die Rechtsprechung innerhalb des Revisionsgerichts unüberschaubar wird; es wird dann schwieriger, Divergenzen zu erkennen und gemäß § 136 GVG eine Klärung durch den Großen Senat herbeizuführen. Bleiben einander widersprechende Revisionsentscheidungen nebeneinander bestehen, so ist die Rechtseinheit gestört.

---

1) S. oben S. 111
2) JZ 1963, S. 653
3) S. dazu Baumgärtel, Festschrift für Reinhardt, S. 41; besonders eindringlich die Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Änderung der ZPO, Bundestags-Drucksache VI/790, S. 18 f.

Die Frage ist nun, ob die unbegrenzte Berücksichtigung von Noven, also auch von beweisbedürftigen Tatsachen, im Revisionsverfahren eine nicht unerhebliche Mehrarbeit verursacht und damit die dargestellten nachteiligen Folgen für die Rechtseinheit haben kann. Zwar könnten auch dann, wenn § 561 Abs. 1 einmal hinweggedacht würde, Alttatsachen in der dritten Instanz sicher nicht unter weniger strengen Voraussetzungen als in der Berufungsinstanz vorgebracht werden, so daß also insoweit zumindest eine dem § 529 entsprechende Vorschrift nötig wäre.[1] Aber selbst wenn man in Bezug auf Alttatsachen an einem generellen Novenverbot festhalten und nur Neutatsachen und evtl. auch Wiederaufnahmegründe im Revisionsverfahren beachten wollte, fiele die mit der Feststellung und Würdigung des neuen Tatsachenmaterials verbundene zusätzliche Arbeit ins Gewicht, wenn auch ihr Umfang nicht exakt vorherbestimmt werden kann.

Den größten Anteil an der Mehrbelastung hätten zweifellos die erforderlichen Beweisaufnahmen; diese könnten auch nicht durchweg einem ersuchten Richter (§ 326) übertragen werden, weil das Gesetz zwar grundsätzlich diese Möglichkeit bei allen Beweismitteln eröffnet (§§ 372 Abs. 2, 375, 402, 434, 451), ihre Durchführung jedoch von bestimmten Voraussetzungen abhängig macht (§ 375 Abs. 1 Z. 1 - 3). Das Revisionsgericht könnte sich eine etwa erforderliche Beweisaufnahme auch nicht dadurch ersparen, daß es die Sache zum Zweck der Tatsachenfeststellung kurzerhand an das Berufungsgericht zurückverwiese. Eine Zurückverweisung setzt notwendig die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils voraus, und diese wiederum kann nur erfolgen, wenn die Revision begründet ist, wenn also eine Gesetzesverletzung erkannt worden ist (§§ 565, 564, 549, 550). Soll aber allein mit Hilfe neu vorgetragener Tatsachen dargetan werden, daß das

1) Vgl. Mattern, JZ 1963, S. 655

angefochtene Urteil nicht - mehr - mit der Rechtslage in Einklang steht, und daß die das Urteil tragende Rechtsnorm verletzt ist, dann muß geklärt sein, ob die fraglichen Tatsachen wirklich existieren; noch nicht festgestellte Tatsachen können nicht vom Gericht subsumiert werden. Die Feststellung einer Gesetzesverletzung setzt hier also die Tatsachenfeststellung voraus; das Revisionsgericht kann nicht schon gewissermaßen "vorsorglich" das Berufungsurteil aufheben für den Fall, daß die neuen entscheidungsrelevanten Tatsachen in der Folge von der Vorinstanz auch wirklich festgestellt werden können.[1]

Die Grenze ist fließend, jenseits derer bei einer Vergrößerung des Revisionsgerichts seine einheitliche Rechtsprechung nicht mehr gesichert wäre. Die Frage, bei welcher Zahl von Richtern und Senaten die revisionsgerichtliche Rechtsprechung unüberschaubar wird, kann nicht bestimmt beantwortet werden. Matterns Aussage, bei Zulassung auch beweisbedürftiger Noven werde das Revisionsziel, die Rechtseinheit zu wahren, unerreichbar, baut also auf verschiedenen Unsicherheitsfaktoren auf: Der Umfang des tatsächlich zu erwartenden neuen Vorbringens ist - selbst bei Beschränkung auf Neu- und Wiederaufnahmetatsachen - ungewiß; ferner ist die hierdurch verursachte Mehrarbeit nicht meßbar; schließlich ist unbestimmt, wieweit die nach alledem praktisch eintretende Zusatzbelastung eine Vergrößerung des Revisionsgerichts zur Folge haben müßte, und bei welcher etwa notwendigen Erweiterung

---

1) Hiervon zu unterscheiden ist der Fall, daß das Revisionsgericht ein Urteil aufhebt, weil die darin festgestellten Tatsachen entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht ausreichen, um ein oder mehrere Tatbestandsmerkmale der einschlägigen Rechtsnorm auszufüllen, unter die der Tatbestand subsumiert worden ist. Dann steht wegen der fehlerhaften Subsumtion als Bestandteil der Rechtsanwendung eine Gesetzesverletzung fest, und eine Zurückverweisung ist angebracht, damit der Sachverhalt weiter aufgeklärt werden kann. Insoweit ungenau Mattern, JZ 1963 S. 651, 655, der diese Unterscheidung nicht macht und offenbar eine Zurückverweisung auch dann für möglich hält, wenn eine Gesetzesverletzung noch nicht feststeht, sondern durch neue Tatsachen erst begründet werden soll.

die Rechtsprechungseinheit innerhalb des Revisionsgerichts konkret gefährdet wird. Dennoch wird man insgesamt Mattern darin zustimmen können, daß jede Mehrarbeit generell eine Gefährdung der Rechtseinheit bedeutet, weil die dargestellten Konsequenzen eintreten können. Da eine Berücksichtigung auch streitiger Noven nicht unwesentliche zusätzliche Tätigkeit beansprucht, kann sie den Revisionszweck der Rechtseinheit beeinträchtigen.

c) Mattern ist der Ansicht[1], daß diese Gefahr für die Rechtseinheit nicht besteht, wenn nur nichtbeweisbedürftige Noven zugelassen werden, weil dies schon generell-abstrakt keine Mehrarbeit verursache. Dabei stellt Mattern offenbar darauf ab, daß keine äußerlich erkennbaren zusätzlichen Verfahrensgänge wie die Abfassung eines Beweisbeschlusses und die Durchführung eines Beweisaufnahmetermins notwendig werden. Diese abstrakte Betrachtungsweise ist m. E. jedoch nicht am Platze, weil es auf die tatsächliche Mehrarbeit ankommt; wenn schon eine Mehrbelastung des Revisionsgerichts durch Sachverhaltsfragen vermieden werden soll, dann kann die Art der zusätzlichen Tätigkeit nicht entscheidend sein. Sieht man die Dinge von einem praktischen Standpunkt aus an, so erscheint es nicht als zweifelhaft, daß auch nichtbeweisbedürftige Noven die Revisionsrichter zu vermehrter Beschäftigung mit einer Sache nötigen können.

So ist stets die Erheblichkeit der neuen Umstände anhand der bisher festgestellten Sach- und Rechtslage zu prüfen. Dazu wird es regelmäßig nötig sein festzustellen, ob das Berufungsgericht richtig entschieden hat, weil es bei abweichender rechtlicher Beurteilung u. U. gar nicht auf das neue Vorbringen ankommt; die rechtliche Nachprüfung des angefochtenen Urteils wird also in aller Regel nicht entbehrlich sein. Ferner kann neuer Vortrag möglicherweise

1) JZ 1963, S. 653

dazu führen, daß ein neuer entscheidungsrelevanter Gesichtspunkt auftaucht, der dazu zwingt, die ganze Sache unter einem anderen Blickwinkel neu zu überdenken und den bisherigen Sachverhalt daraufhin zu untersuchen, ob er insoweit genügend aufgeklärt ist. Dies alles kann durchaus zu einer längeren Beschäftigung mit einer Sache Anlaß geben, die allerdings vorwiegend auf gedanklichem Gebiet liegt und noch weniger meßbar ist, als die bei beweisbedürftigem Vorbringen zu erwartende Mehrarbeit. Im ganzen aber hat Mattern darin wohl Recht, daß bei Zulassung von nichtbeweisbedürftigen Noven die Gefahr einer Beeinträchtigung der Rechtseinheit durch eine erforderlich werdende Überbesetzung des Revisionsgerichts so gering ist, daß sie nicht ernsthaft in Betracht zu ziehen ist.

d) Die von Mattern und den ihm folgenden Autoren[1] gegebene pragmatische Begründung für die Berücksichtigung nichtbeweisbedürftiger neuer Tatsachen vermag aber noch nicht zu befriedigen. Indem ausschließlich der "arbeitsökonomische Gesichtspunkt" hervorgehoben wird, wird § 561 Abs. 1 in die Nähe einer reinen Zweckmäßigkeitsvorschrift gerückt. Sollte es durch bestimmte Maßnahmen - wie z. B. die geplante Abschaffung der Streitwertrevision[2] - gelingen, dem BGH in wesentlichem Umfang Arbeit zu ersparen, dann wäre bei einem derartigen Verständnis des Novenverbots die Frage zu stellen, ob nicht an Stelle der eingesparten Arbeit eine erweiterte Zulassung neuer Tatsachen möglich und evtl. sogar vorzuschreiben sei.

Nach Matterns Auffassung steht das Novenverbot allein in Beziehung zum Rechtseinheitszweck der Revision. Es ist aber zu untersuchen, ob § 561 Abs. 1 nicht noch weitere Ziele verfolgt, und ob sich mit solchen

1) Nachweise oben S. 39, Fußnote 6
2) S. dazu den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Rechts der Revision in Zivilsachen und in Verfahren vor Gerichten der Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit, Bundesratsdrucksache 2/72

anderweitigen Zwecken die Zulassung nichtbeweisbedürftiger Noven gleichfalls verträgt oder von ihnen sogar gefordert wird. Das letztere erscheint möglich, wenn man an die zweite, neben dem Rechtseinheitszweck allgemein anerkannte Aufgabe der Revision denkt, auch den Parteiinteressen an richtiger Fallentscheidung zu dienen[1]; denn für die Rechtseinheit sind neue Tatsachen belanglos, nicht aber für die Parteien, die an einer Entscheidung auf zutreffender Tatsachenbasis interessiert sind.

Eine rein quantitative Auffassung von der Bedeutung des Novenverbots, wie sie bei den erwähnten Schriftstellern hervortritt, geht daran vorbei, daß es die Arbeit der Revisionsrichter nicht nur vermehren, sondern ihre Tätigkeit vor allem auch inhaltlich stark verändern würde, wenn sie in zunehmendem Maße mit neuem Prozeßstoff befaßt würden; welche Konsequenzen dies hätte, und wie unter diesem Aspekt die Berücksichtigung nichtbeweisbedürftiger Noven zu bewerten ist, bedarf gleichfalls der näheren Betrachtung.

Zunächst wenden wir uns der Streitfrage zu, welchem Revisionszweck - wenn überhaupt - der Vorrang einzuräumen ist, weil hieraus u. U. für die Bedeutung des Novenverbots und die Zulässigkeit seiner Einschränkung Rückschlüsse zu ziehen sind. Dominiert der Rechtseinheitszweck, dann ist eine strengere Handhabung des Novenverbots geboten, als wenn Parteiinteressen im Vordergrund stehen. Könnte festgestellt werden, daß der Aufgabe, die Rechtseinheit zu wahren, absoluter Vorrang zukommt, dann müßte möglicherweise daraus gefolgert werden, daß "alle zur Wahrung der Rechtseinheit nicht unbedingt erforderlichen Geschäfte...dem Revisionsgericht aufs strengste ferngehalten werden" müssen[2]; von diesem Standpunkt aus wäre dann

1) S. dazu unten S. 125 mit Nachweisen
2) So Schwinge, S. 33, als Vertreter einer Vorherrschaft des Rechtseinheitszwecks

u. U. auch die Zulassung nichtbeweisbedürftiger Noven bedenklich, weil sie, wie wir gesehen haben, im Einzelfall das Revisionsgericht stärker beschäftigen können, als es ohne ihre Berücksichtigung der Fall wäre.

3. Teil:

Wertungsgrundlagen und Zwecke des Novenverbots

I. Das Rangverhältnis der Revisionszwecke und seine Bedeutung für die Arbeit

1. Der Streit über die Frage des Vorrangs

Im vorangegangenen Abschnitt haben wir bereits festgestellt, daß sich, wie allgemein anerkannt ist[1], zwei Hauptzwecke der Revision gegenüberstehen: Auf der einen Seite die Bewahrung der Rechtseinheit und die Fortbildung des Rechts, auf der anderen die gerechte Entscheidung des Einzelfalls. Der erste Zweck dient vorwiegend öffentlichen oder allgemeinen Interessen (Rechtssicherheit und Berechenbarkeit des Rechts), der zweite vorwiegend Parteiinteressen (Vermeidung von Fehlurteilen). In der Frage, welches Interesse in der gesetzlichen Regelung des Revisionsverfahrens bevorzugt berücksichtigt sei, welcher Revisionszweck also überwiege und in Konfliktsfällen den Vorrang beanspruchen müsse, sind die Meinungen im Schrifttum[2] geteilt.

Nach einer Auffassung[3] sollen in erster Linie die öffentlichen Interessen vom Gesetz berücksichtigt worden sein; dies wird vor allem aus der Entwicklungsgeschichte der zivilprozessualen Revision[4] und aus

---

1) Vgl. nur Stein-Jonas-Grunsky, vor § 545, Anm. I, 2; Thomas-Putzo, vor § 545, Anm. 1; Gilles, S. 79 f.; Grunsky, Grundlagen, S. 4 f.; Henke, S. 191 ff.; Pohle, S. 12 ff.; Schwinge, S. 26 f. Auch in den Motiven kommt dieser Dualismus zum Ausdruck, vgl. Hahn-Stegemann, S. 141 f.

2) Die Schrifttumsnachweise in den folgenden Anmerkungen streben keine Vollständigkeit an, sondern beschränken sich auf einige wesentliche Stellungnahmen, vor allem aus neuerer Zeit. Vgl. die ausführlichen Literaturnachweise bei Baur, ZZP 71 (1958), S. 161, Fußnote 1, und bei Duske, S. 41 ff.

3) Vor allem Rosenberg-Schwab, § 135 II, 2; Baur, ZZP 71 (1958), S. 178; Duske, S. 86 ff., 97; Henke, S. 191 ff., insbesondere S. 222 ff.; Schwinge, S. 26 ff.

4) So insbesondere Schwinge, S. 6 ff., 21 f.; s. dazu auch Henke, S. 195 ff., S. 223 ff.

den verschiedenen Einschränkungen bei der Auswahl der zulässigen Revisionen und bei der Durchführung des Verfahrens[1] gefolgert. Eine Sonderstellung kommt nach dieser Ansicht allerdings der Verfahrensrevision zu, die weniger der einheitlichen Anwendung des Verfahrensrechts - Verfahrensverstöße werden in der Regel keinen rechtsgrundsätzlichen Charakter haben, sondern sich in fehlerhafter Behandlung des Einzelfalls erschöpfen[2] -, als vielmehr der Überwachung und Erziehung der Instanzgerichte und der Rechtmäßigkeitskontrolle ihrer Rechtsprechung dienen soll.[3]

Dagegen stehen nach einer anderen, ebenso häufig vertretenen Meinung die Parteiinteressen an zutreffender Einzelfallentscheidung im Vordergrund[4] oder sind zumindest nicht weniger wichtig[5]. Dies hauptsächlich deshalb, weil es sich bei der Revision um ein echtes Rechtsmittel handele, das eine Beschwerde voraussetze und nur auf Initiative sowie auf Kosten der Parteien durchgeführt werde[6] und sich - anders etwa als die französische cassation dans l 'interêt de la loi[7] - nicht auf die Beantwortung von Rechtsfragen beschränke, sondern zu einer Entscheidung des Rechtsstreits selbst führe[8]; Rechtssicherheit und Gerechtigkeit seien keine Gegensätze, so daß sich die Vorrangfrage sinnvoll gar nicht stellen lasse.[9]

Die Hartnäckigkeit, mit der sich der Meinungsgegensatz bis in die jüngste Zeit erhalten hat[10], ist ein

---

1) Rosenberg-Schwab, § 135 II, 2
2) Baur, ZZP 71 (1958), S. 166
3) Rosenberg-Schwab, aaO.; Bettermann, NJW 1954, S. 1308 f.; Schwinge, S. 34 ff.
4) Stein-Jonas-Grunsky, vor § 545, Anm. I, 2; Gilles, S. 79 f.; Grunsky, Grundlagen, S. 4 f.
5) Bruns, § 54, II, 2; Esser, JZ 1962, S. 513, 514 f.; Kuchinke, S. 47; Pohle, S. 17
6) Stein-Jonas-Grunsky, vor § 545, Anm. I, 1 und 2; Gilles, S. 79 f.; Reuß, DÖV 1959, S. 10 ff. Vgl. auch Paulus, ZZP 71 (1958), S. 188, 196
7) S. dazu Bucher, NJW 1963, S. 929 ff.
8) Stein-Jonas-Grunsky, vor § 545, Anm. I, 1
9) Sarstedt, S. 2 f.
10) Vgl. einerseits die Darstellungen von Henke, S. 191 ff. und Schwinge, S. 26 ff. (Vorrang des Rechtseinheitszwecks), andererseits die von Stein-Jonas-Grunsky, vor § 545, Anm. I, 2, und Gilles, S. 79 f.

beredtes Indiz dafür, daß sich aus dem Gesetz unmittelbar keine eindeutige Antwort auf die Frage nach dem Verhältnis der Revisionszwecke zueinander herleiten läßt. Diese Antwort ist mittelbar nur dadurch zu gewinnen, daß man alle Einzelregelungen daraufhin untersucht, ob in ihnen Parteiinteressen oder öffentliche Interessen bevorzugt berücksichtigt worden sind, und sodann auf Grund einer Gesamtwertung festzustellen versucht, ob ein Revisionszweck im ganzen überwiegt. Daß das Ergebnis einer solchen Bewertung nicht eindeutig ist, demonstrieren die unterschiedlichen Auffassungen. Angesichts der zahlreichen eingehenden Stellungnahmen erscheint - wie Schwinge bereits 1935 festgestellt hat[1] - das Unterfangen nahezu aussichtslos, noch neue entscheidende Argumente zugunsten der einen oder der anderen Meinung in die Waagschale werfen zu wollen, die endgültig den Ausschlag nach einer Seite hin geben könnten.[2] Man wird Baur darin zustimmen müssen, daß "Gelehrsamkeit, Scharfsinn und praktisches Erfahrungswissen in diesem nun ein Jahrhundert alten Streit alle Gesichtspunkte beigebracht haben, die sinnvoller Weise überhaupt denkbar sind."[3] Daß sich dennoch keine anerkannte Meinung über den Hauptzweck der Revision bilden konnte, spricht nur dafür, daß die Revision eben ein "komplexes Gebilde"[4] ist, dessen Bestimmungen nicht einheitlich nach den gleichen Kriterien ausgelegt werden können.[5]

2. Die Bedeutung des Streits für die Auslegung des § 561 Abs. 1

Für die Einzeluntersuchung einer bestimmten Vorschrift

1) 1. Auflage, S. 217
2) Vgl. auch Baring, S. 11, insbesondere Fußnote 10
3) Baur, ZZP 71 (1958), S. 164
4) Hanack, S. 91; Pohle, S. 20
5) Hanack aaO.

des Revisionsrechts - wie in unserem Falle des § 561 Abs. 1 - kann eine grundsätzliche Entscheidung für den Vorrang eines Revisionszwecks, selbst wenn eine solche zu finden und überzeugend zu begründen wäre, nichts wesentliches ausrichten. Darauf deutet im Rahmen des Novenverbots schon der Umstand hin, daß sowohl Anhänger der Auffassung vom überwiegenden Zweck der Rechtseinheit[1] als auch ein Autor, der den Parteiinteressen die dominierende Bedeutung beimißt[2], nichtbeweisbedürftiges Vorbringen zulassen wollen; der Meinungsstreit scheint sich also in dieser Frage nicht auszuwirken.

Von einem vorab eingenommenen Standpunkt zu dem Rangverhältnis der Revisionszwecke aus zu deduzieren, wäre auch deshalb bedenklich, weil ja vom Überwiegen eines Revisionszwecks nur auf Grund einer Zusammenfassung und Gesamtbewertung von Auslegungen ausgegangen werden kann, denen die Einzelregelungen des Gesetzes unterzogen wurden. In eine Einzelbestimmung kann aber nicht mehr hineininterpretiert werden, als zuvor aus ihr abgeleitet wurde. Es ist zu beachten, daß auch dann, wenn insgesamt ein Revisionszweck im Vordergrund stehen sollte, einzelne Vorschriften möglicherweise in erster Linie gerade der anderen Aufgabe dienen sollen. So ist unzweifelhaft, daß sich einzelne Einrichtungen im Revisionsrecht finden, die nur Bedeutung für Parteiinteressen besitzen, wie z. B. der Suspensiveffekt des Rechtsmittels und die Kostenerstattungspflicht der unterlegenen Partei[3], so daß hier eine Auslegung im Sinne eines etwa überwiegenden Rechtseinheitszwecks nicht in Betracht kommt. Für die Untersuchung einer einzelnen revisionsrechtlichen Norm ist deshalb der Streit, ob insgesamt das Parteiinteresse oder das öffentliche Interesse

---

1) Lent-Jauernig, § 74, I; Rosenberg-Schwab, § 135, II, 2
2) Grunsky in Stein-Jonas-Grunsky, vor § 545, Anm. I, 2
3) Hanack, S. 91

bei der Ausgestaltung der Revision überwiege, unfruchtbar; vielmehr müssen die einzelnen Bestimmungen jeweils für sich auf ihren Zweck geprüft werden.[1] Die daraus gewonnenen Erkenntnisse können dann u. U. die Gesamtbewertung der Revisionszwecke mit beeinflussen.

3. Das Vorgehen bei der Ermittlung der Zwecke des § 561 Abs. 1

Um die Zwecke des Novenverbots bestimmen zu können, ist zu prüfen, welche Interessenwertung in § 561 Abs. 1 zum Ausdruck kommt. Zunächst muß daher festgestellt werden, welche Interessen durch das Novenverbot überhaupt berührt werden. Es ist zu fragen, inwieweit berechtigte Interessen an der Durchführung eines Verfahrens einschließlich der Zulassung neuen Prozeßstoffs in dritter Instanz bestehen, und ob zwischen solchen Interessen ein Konflikt besteht, d. h. ob alle gleichermaßen befriedigt werden können, oder ob dem einen Interesse nur auf Kosten eines anderen nachgegeben werden kann. Insbesondere müssen wir unser Augenmerk darauf richten, welche Interessen etwa mit einem Bedürfnis nach Novenzulassung kollidieren, um aus der Regelung des § 561 Abs. 1 sodann auf die positiv-rechtliche Interessenbewertung und auf die damit vom Gesetz sinnvollerweise im Funktionszusammenhang des Revisionsrechts verfolgten Ziele[2] schließen zu können.

---

1) Hanack, S. 91. Vgl. auch Paulus, S. 197, der es zwar für vertretbar hält, aus der Ranggruppierung der Revisionszwecke Konsequenzen für die Abgrenzung zwischen Tatfrage und Rechtsfrage herzuleiten, der jedoch eine solche Regel auf Konfliktsfälle anderer Art keineswegs für unbesehen übertragbar hält.

2) Vgl. zur Methode der Zweckermittlung Larenz, Methodenlehre, S. 311 ff. Daß auch im Zivilprozeßrecht die allgemeinen rechtswissenschaftlichen Methoden, insbesondere die teleologische, anzuwenden sind, ist anerkannt; vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Einleitung M II; Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung, S. 17 ff.

II. Interessen an der Durchführung eines drittinstanzlichen Verfahrens und die Voraussetzungen für ihre Wahrnehmung

A. Allgemeine Interessen

1. Das Bedürfnis nach Bewahrung der Rechtseinheit und nach Fortbildung des Rechts

Daß eine einheitliche Rechtsprechung um der Klarheit und Berechenbarkeit des Rechts willen erforderlich ist und deshalb im Interesse der rechtsunterworfenen Staatsbürger angestrebt werden muß, haben wir erwähnt[1]; ebenso haben wir ausgeführt, in welchem Umfang ein Eingreifen des Revisionsgerichts nötig ist, um eine praktisch ausreichende Rechtseinheit zu gewährleisten.[2] Eine Zentralinstanz, deren Entscheidungen für die nachgeordneten Gerichte rechtlich (vgl. § 565) oder - wegen des hierarchisch aufgebauten Instanzenzuges - wenigstens faktisch verbindlich sind, ist also im allgemeinen Interesse geboten.

Wir haben ferner bereits festgestellt[3], daß die Aufgabe der Rechtsfortbildung dem Revisionsgericht vor allem unter dem Gesichtspunkt der Rechtseinheit zugewiesen ist, daß es also um die "einheitliche Rechtsfortbildung" geht.[4]

Darüber hinaus bietet das Revisionsgericht aber kraft seiner besonderen Qualifikation in Fragen der Rechtsanwendung auch eine hohe Gewähr dafür, daß die Rechtsfortbildung in die richtigen, d. h. in die den gesetzlichen Grundwertungen entsprechenden Bahnen gelenkt wird. Die Rechtsfortbildung ist als Aufgabe in § 137 GVG positiv verankert und damit als "selbständiger Zweck von Eigenwert"[5] anerkannt.

---

1) Oben S. 114
2) Oben S. 115 f.
3) Oben S. 115
4) Gilles, S. 79
5) Pohle, S. 18

2. Das Interesse an Verfahrenskontrolle der Berufungsinstanz

Vor allem Pohle[1] hat zu Recht darauf hingewiesen, daß im Interesse der Allgemeinheit eine Kontrolle der Handhabung des gerichtlichen Verfahrens geboten ist. Pohle begründet diese Auffassung damit[2], daß die Allgemeinheit, die das Verfahren einrichte und die Parteien in dieses hineinzwinge, auch eine besondere Verantwortung für dessen Güte habe. Die Möglichkeit einer Verfahrenskontrolle bietet zweifellos eine besonders wirksame Kautel für die Güte der Rechtsprechung[3], weil die für den Prozeßausgang häufig in erster Linie entscheidende Tatfrage nach Verfahrensregeln festgestellt wird.[4] Zutreffend ist auch die Feststellung Pohles[5], daß ein wegen Verfahrensmängeln fehlerhaftes Urteil die Betroffenen oft mehr bedrücken wird als ein in der Sache unrichtiges Urteil - etwa dann, wenn sie nicht ausreichend zu Wort gekommen sind -, und daß deshalb das Ansehen der Gerichte und das Vertrauen zu ihnen bei prozessualen Fehlern stärker als bei materiell-rechtlichen leiden.

Es besteht also aus den genannten Gründen ein Bedürfnis der Allgemeinheit daran, das Verfahren jeder Tatsacheninstanz zu kontrollieren[6]; dieses Interesse deckt sich mit dem der Parteien an der Aufhebung eines unrichtigen Verfahrens.

Als Zwischenergebnis können wir festhalten, daß eine dritte (Zentral-) Instanz im öffentlichen Interesse vorhanden sein muß, einmal um die Einheit der Rechtsprechung und der Rechtsfortbildung zu sichern, und

---

1) S. 39 f., 42 ff. Vgl. auch Schwinge, S. 34 ff.
2) S. 39
3) Schwinge, S. 36 f.
4) Pohle, S. 39
5) aaO.
6) Pohle, S. 42 f.

zum anderen, um durch die Kontrolle des Verfahrens in der vorgeordneten Tatsacheninstanz die Güte der Rechtsprechung, ihr Ansehen und das Vertrauen der Bürger zu ihr zu stärken.

B. Parteiinteressen an erhöhter Richtigkeitsgewähr der Revisionsentscheidung

Zu überlegen ist nun, ob es anerkennenswerte Bedürfnisse der Parteien gibt, die die Durchführung eines Verfahrens in dritter Instanz gebieten. Vom Gesetzgeber der ZPO ist die Frage, so scheint es, verneint worden. In den Motiven findet sich der Satz: "Den Anforderungen, welche die Prozeßparteien an den Staat stellen können, dürfte völlig genügt sein, wenn der Staat den Prozeßparteien die Möglichkeit gewährt, ihren Rechtsstreit in einem wohlgeordneten Verfahren zweimal zu verhandeln und die Entscheidung zweier wohlbesetzter Gerichte zu erwirken..."[1] Die in den Motiven gleichfalls genannte Funktion des Revisionsgerichts, "den Parteien Recht zu sprechen"[2], wäre dann gewissermaßen nur als gleichzeitig anfallendes Nebenprodukt anzusehen, das an sich überflüssig, wenn auch vielleicht nicht unerwünscht wäre. Es ist mit Recht darauf hingewiesen worden, daß von einem Verfahren, das wie das Revisionsverfahren nur auf Antrag und auf Kosten der Parteien durchgeführt wird, erwartet werden muß, des es auch deren Interessen Rechnung trägt.[3] Wenn überhaupt keine berechtigten Parteiinteressen an einer dritten Instanz anerkannt werden können, diese vielmehr nur im Allgemeininteresse durchgeführt werden soll, dann ist es nicht zu rechtfertigen, die Parteiinitiative und den natürlichen Egoismus der Parteien zum "Vehikel zur Verwirklichung des Rechtsfortbildungs- und Einheitszwecks"[4]

1) Hahn-Stegemann, S. 141; ebenso Waldeck, S. 30
2) Hahn-Stegemann, S. 142
3) Esser, JZ 1962, S. 514 f.; Gilles, S. 79; vgl. ferner Pawlowski, ZZP 80 (1967), S. 354
4) Paulus, ZZP 71 (1958), S. 196

zu machen, und die Parteien für Interessen bezahlen zu lassen, die in Wahrheit nicht die ihren sind.[1]

Auch in der Begründung zum jüngsten Entwurf einer Änderung des Revisionsrechts wird die oben[2] angeführte Stelle aus den Motiven zitiert und festgestellt[3]: "Bis heute dürfte sich an der Richtigkeit dieser Anschauung nichts geändert haben". Es folgt der offenbar als Begründung gemeinte Satz: "Die Parteien haben auch unter der Geltung des Grundgesetzes keinen Anspruch darauf, daß der Rechtsstreit in mehr als zwei Instanzen verhandelt und entschieden wird." Die Frage, ob es berechtigte Parteiinteressen an einem Revisionsverfahren gibt, kann aber nicht damit beantwortet werden, daß niemand einen Anspruch hierauf habe. Es ist vielmehr umgekehrt davon auszugehen, daß im Rechtsstaat der Rechtsschutz auf die bestmögliche Weise gewährt werden muß.[4] Die Parteien suchen im Prozeß den Schutz ihrer Rechte und wollen "ihren" Prozeß richtig entschieden sehen. Unter diesem Aspekt ist zu fragen, ob nach der Durchführung zweier Instanzen das Prozeßergebnis überhaupt noch und gegebenenfalls in welchen Punkten mit einiger Sicherheit und in erheblichem Umfang verbessert werden kann.[5] Das möglicherweise zu erwartende Maß an Verbesserung muß allerdings, soll es den Aufwand einer dritten Instanz lohnen, wenigstens in einem einigermaßen erträglichen Verhältnis zur Dauer des Verfahrens und zur zusätzlichen Belastung der Parteien und des Staates mit Arbeit und Kosten stehen.[6]

Zutreffend stellt Pohle fest[7]: "Die Notwendigkeit einer weiteren Instanz kann ... nur nach Bewertung

---

1) Jagusch, NJW 1963, S. 1 f.
2) S. 131, Fußnote 1
3) Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Rechts der Revision in Zivilsachen und in Verfahren vor Gerichten der Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit, Bundesrats-Drucksache 2/72, S. 13
4) Pohle, S. 37 f.
5) Pohle aaO.
6) Vgl. Pohle, S. 38
7) aaO.

der Vorinstanzen beantwortet werden."

Um die Frage beantworten zu können, ob es neben den aufgezeigten öffentlichen Interessen auch berechtigte Parteiinteressen an einem Revisionsverfahren gibt, müssen wir demnach untersuchen, ob und inwieweit überhaupt ein Bedürfnis besteht, die nach der Durchführung zweier Instanzen - genauer gesagt: der beiden ersten Instanzen unserer ZPO - ergangene Berufungsentscheidung zu überprüfen, welche Voraussetzungen in der dritten Instanz gegeben sein müssen, um etwa vorhandene Bedürfnisse nach Korrektur der Vorentscheidung befriedigen zu können, und schließlich, ob diese Voraussetzungen generell zu realisieren und in der Institution unseres Revisionsgerichts, des BGH, tatsächlich gegeben sind. Dabei wirken die praktisch zu verwirklichenden Möglichkeiten, das Prozeßergebnis zu verbessern, zweifellos auf die Anerkennung von Interessen hieran zurück: Selbst wenn die Richtigkeitsgewähr der Urteile nach zwei Instanzen noch nicht befriedigend sein sollte, müßte man sich doch mit ihr begnügen, falls keine einigermaßen realistischen Aussichten dafür bestünden, daß eine dritte Instanz mit größerer Wahrscheinlichkeit - zumindest in bestimmten Punkten - der richtigen Entscheidung wesentlich näher kommen könnte.

Mit der Frage nach dem Interesse an einer Verbesserung der Berufungsentscheidung und den Möglichkeiten hierzu sind zugleich die vorab zu klärenden Fragen angeschnitten, welche Richtigkeitsgewähr richterliche Urteile überhaupt bieten können, und in welcher Weise diese Gewähr auf Rechtsmittel hin im Instanzenzug erhöht werden kann.

1. Die Richtigkeitsvermutung richterlicher Entscheidungen

a) Über den Zweck des Zivilprozesses besteht ein breites Spektrum von Auffassungen.[1] Ohne darauf hier im einzelnen einzugehen, läßt sich feststellen, daß, jedenfalls nach h. M.[2], ein Prozeßzweck auch der Schutz subjektiver Rechte ist.[3] Dieser Zweck ist - unbeschadet hinzutretender Sonderzwecke - auch in der Revisionsinstanz als Teil des Prozesses anzuerkennen.[4] Daneben[5] werden überwiegend weitere Prozeßziele im Interesse der Allgemeinheit genannt, wie z. B. Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens und Bewährung der objektiven Rechtsordnung.[6]

Soll das subjektive Recht geschützt, also im Falle seines Bestehens durchgesetzt werden, so ist eine Entscheidung anzustreben, die mit der wahren materiellen Rechtslage übereinstimmt[7]; eine solche Entscheidung kann als "richtig" bezeichnet werden, wohingegen ein Erkenntnis unrichtig ist, das mit der materiellen Rechtslage nicht in Einklang steht.[8]

---

1) S. dazu Henckel, Prozeßrecht, S. 5 ff., 48 ff.; Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 10 ff.; Pawlowski, ZZP 80 (1967), S. 345 ff., alle mit weiteren Nachw.
2) Grundsätzlich anders Sauer, S. 1, und Pawlowski, aaO. S. 345 ff., 368. Dazu eingehend Henckel, Prozeßrecht, S. 50 ff.
3) Vgl. etwa Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Einleitung, C I; Lent-Jauernig, § 1; Rosenberg-Schwab, § 1 III, 1; Grunsky, Grundlagen, S. 2; Kommissionsbericht, S. 167. Das subjektive Recht soll aber nicht um jeden Preis durchgesetzt werden; in bestimmten Situationen (z. B. Versäumnis) überwiegen andere Interessen. Vgl. dazu und zu den Konsequenzen für den Prozeßzweck einerseits Henckel, Prozeßrecht, S. 58 f., 61, andererseits Grunsky, Grundlagen, S. 5
4) Grunsky, Grundlagen, S. 4 f.; Rimmelspacher, ZZP 84 (1971, S. 49
5) Nach Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 19 ff., ist der Schutz subjektiver Rechte reales Ziel des Prozesses, durch das das ideale Ziel der Rechtsfriedenswahrung erreicht werden soll. Kritisch dazu Henckel, Prozeßrecht, S. 61
6) S. dazu Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Einleitung C, II - V; Grunsky, Grundlagen, S. 2 ff., beide mit weiteren Nachweisen
7) S. dazu Gilles, S. 51 ff.
8) Dazu, daß es sich hierbei um eine außerprozessuale Richtigkeit handelt, s. sogleich unten S. 136 f.

Daß das Urteil mit der wahren Rechtslage übereinstimmen soll, und daß diese Übereinstimmung ein hauptsächliches Verfahrensziel ist, wird allerdings erst in neuerer Zeit anerkannt.[1] Im 19. Jahrhundert glaubte man, entsprechend der liberalen und individualistischen Prozeßauffassung, den Gang des Prozesses - wenn auch quasi unter staatlicher "Aufsicht" der Gerichte - weitgehend den Parteien überlassen zu können; der Staat nahm am Prozeßausgang keinen Anteil und stellte sich auf den Standpunkt, jeder Bürger könne seine Rechte selbst ausreichend wahren. Insbesondere aus der Geltung des Verhandlungsgrundsatzes wurde geschlossen, daß - so die bekannte und zweifellos überpointierte Bemerkung Wachs[2] - die Feststellung der Wahrheit nicht das Ziel, sondern nur das zufällige Resultat des Prozesses sei.

Derartige Vorstellungen sind heute überholt. Inzwischen haben die Novellen 23 und 33 den Wandel der Auffassungen dokumentiert, der dahin geht, daß der Staat mit der Rechtsschutzgewährung eine soziale Aufgabe erfüllt, und daß Richter und Parteien gemeinsam eine "richtige" Entscheidung anzustreben haben: Der Richter vor allem dadurch, daß er auf die Aufklärung des Sachverhalts durch die Parteien hinwirkt (§ 139), die Parteien dadurch, daß sie auf die Wahrheit verpflichtet sind (§ 138 Abs. 1). Die Verhandlungsmaxime hat dabei ihre Bedeutung als Mittel zur Sachverhaltsaufklärung behalten, weil die gegensätzliche Interessenlage der Parteien im Prozeß in der Regel zu einer vollständigen Sachverhaltsdarstellung führt.[3] Der Verhandlungsgrundsatz ist ferner dem Zivilprozeß insoweit angemessen, als die Parteien materiell-rechtlich über ihre Rechte verfügen dürfen.[4] Es wäre sinnlos, im Bereich materiell-rechtlicher Dispositionsfreiheit etwa

---

1) Zum folgenden s. Gaul, Grundlagen des Wiederaufnahmerechts, S. 53 ff. mit weiteren Nachweisen; Gilles, S. 238, Fußnote 48; Kommissionsbericht, S. 168
2) Vorträge, S. 149
3) Vgl. Gaul, aaO., S. 54; Gilles, aaO.; Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 25
4) Henckel, Prozeßrecht, S. 143 ff.; Grunsky, Grundlagen, S. 140 ff.

den Untersuchungsgrundsatz einzuführen, weil die Parteien die Wirkungen gerichtlicher Entscheidungen durch einverständliche Verfügung beseitigen könnten. Wenn die Parteien aber den Sachverhalt im Prozeß nicht der Wahrheit entsprechend vortragen und damit den Richter zu einer der bisherigen Rechtslage nicht entsprechenden Entscheidung veranlassen, dann haben sie hiermit zu erkennen gegeben, daß sie die Rechtsverfolgung aufgeben, und sie haben damit die Rechtslage umgestaltet, so daß auch in einem solchen Fall genaugenommen das Urteil der - neuen - wahren Rechtslage entspricht. Es bleibt sich grundsätzlich gleich, ob die Parteien außerhalb des Prozesses eine untergegangene Forderung wieder begründen, oder ob sie im Prozeß die rechtsvernichtende Einwendung nicht vortragen, die die alte Forderung zum Erlöschen gebracht hat.

Es ist hiernach festzuhalten, daß es zumindest ein Ziel des Zivilprozesses ist, eine der wahren Sach- und Rechtslage entsprechende und damit richtige Entscheidung zu finden. Daran ändert nichts die Geltung der Verhandlungsmaxime, weil ein prozessuales Parteiverhalten im Bereich des Tatsachenvortrags, das Einfluß auf das Prozeßergebnis hat, einer materiell-rechtlichen Disposition gleichsteht und wie diese die Rechtslage verändert. Der durch den Verhandlungsgrundsatz geschaffenen Gefahr, daß ohne Verfügungswillen durch unzureichenden Sachvortrag eine unrichtige Entscheidung herbeigeführt wird, wirken die richterliche Aufklärungspflicht und die Wahrheitspflicht der Parteien entgegen.

b) Wir haben oben[1] eine Entscheidung dann als richtig bezeichnet, wenn sie mit der materiell-rechtlichen Rechtslage übereinstimmt, wenn also auf den "historischen" oder "wahren" Sachverhalt die für seine Beurteilung in Frage kommenden Rechtsnormen - wenigstens

1) S. 134

im Ergebnis - fehlerfrei angewendet worden sind.[1] Eine derartige Richtigkeit kann als "außerprozessuale"[2] Richtigkeit bezeichnet werden, weil sie die Rechtsausübung durch die Parteien im Prozeß nicht mit in Rechnung stellt. Eine außerprozessual oder auch "absolut"[3] richtige Entscheidung mag als Idealfall erscheinen; dem Richtigkeitsbegriff, der nach der ZPO maßgebend ist, wird sie jedoch nicht gerecht.

Der Richter, der im Zivilprozeß über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Rechtslage urteilen soll, ist nämlich u. U. gar nicht in der Lage, eine außerprozessual richtige Entscheidung zu treffen, und zwar selbst dann nicht, wenn er dies nach seinem Erkenntnisstand tun könnte. Denn er ist, soweit die Verhandlungsmaxime gilt, an den Vortrag der Parteien gebunden. Zwar hat er nach § 139 auf möglichst weitgehende Aufklärung des Sachverhalts hinzuwirken; unterläßt es aber beispielsweise trotz richterlichen Hinweises der Kläger , anspruchsbegründende Tatsachen vorzutragen, so darf der Klage nicht stattgegeben werden, selbst wenn der Richter diese Tatsachen kennt.

Zum anderen hat der Richter nicht nur das materielle Recht, sondern auch das Verfahrensrecht zu beachten. Dieses kann ihm aber in bestimmten Situationen (z. B. bei Säumnis) gebieten, die materiell-rechtlich nach dem wahren Sachverhalt richtige Entscheidung nicht zu treffen. Das stattdessen ergehende, außerprozessual "falsche" Erkenntnis ist nach den Regeln des Verfahrensrechts gerechtfertigt und kann deshalb nicht als unrichtig im Sinne des Prozeßrechts bezeichnet werden. Umgekehrt wäre eine Entscheidung, die trotz Säumnis des Klägers und Antrag auf Versäumnisurteil die Klage zuspräche, "prozessual" unrichtig, auch wenn das zuerkannte subjektive Recht dem Kläger tatsächlich

---

1) Vgl. Rimmelspacher, ZZP 84 (1971), S. 48
2) Gilles, S. 53
3) Rimmelspacher, ZZP 84 (1971), S. 46, 50 ff.

zuständen. Gilles hat daher Recht, wenn er davon spricht, daß die ZPO ihren "eigenen, einen rein prozessualen Richtigkeitsbegriff" kennt[1], und diesen so definiert[2], daß eine Entscheidung im prozessualen Sinne dann richtig ist, wenn "die nach der Verfahrensordnung objektiv beachtliche Sach- und Rechtslage eine Entscheidung wie die getroffene trägt", oder "wenn die Entscheidung in der von der ZPO vorgeschriebenen Weise ... zustande gekommen ist". Diese "prozessuale" Richtigkeit entspricht der "relativen" Richtigkeit im Sinne Rimmelspachers, die dann gegeben ist, wenn das einer Entscheidung zugrundeliegende Sachverhältnis in einem prozeßordnungsgemäßen Verfahren festgestellt und aus ihm die zutreffend rechtliche Folgerung gezogen wurde.[3]

c) Fragen wir, wodurch es gerechtfertigt ist, sich mit einer prozessualen oder relativen Richtigkeit zu begnügen, wenn dadurch möglicherweise das absolut richtige Urteil verfehlt wird, so finden wir vor allem zwei Gründe, die die Beschränkung als legitim erscheinen lassen.

Einerseits haben die Prozeßrechtsnormen, die in bestimmten Situationen eine auf die Durchsetzung des subjektiven Rechts hinzielende Rechtsverfolgung abschneiden, einen eigenen Gerechtigkeitswert.[4] Die vom Prozeßrecht der Rechtsausübung gesetzten Schranken - z. B. bei Versäumnis von Terminen oder Überschreitung von Fristen - sind keineswegs nur "formeller" Natur, sondern beruhen auf eigenständigen Wertungen mit Gerechtigkeitsgehalt; eine Entscheidung, die ein an sich - außerprozessual - bestehendes Recht nicht zuspricht, muß nicht ungerecht sein, sofern sie auf

---

1) Gilles, S. 55
2) S. 57
3) Rimmelspacher, ZZP 84 (1971), S. 48
4) Henckel, Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen, und Prozeßrecht, S. 61 ff.; Gilles, S. 241 ff.

Grund einer Prozeßsituation erging, in der Interessen des Gegners höher bewertet wurden als das des Klägers an der Durchsetzung seines Rechts.

Zum andern ist die absolut richtige Entscheidung ein Idealziel, für dessen Erreichung im Prozeß es keine unbedingte Garantie geben kann[1], weil im Prozeß als Parteien und als Richter Menschen tätig sind, die in ihrer Erkenntnisfähigkeit begrenzt sind und sich unrichtig verhalten können.[2] Mit der prozessualen Richtigkeit im oben[3] beschriebenen Sinn kann man sich daher dann zufriedengeben, wenn die Entscheidung, die auf Grund des in der ZPO geregelten Verfahrens ergeht, wenigstens eine möglichst hohe Gewähr dafür bietet, daß die absolute Richtigkeit erreicht wird, wenn also eine Vermutung für die außerprozessuale Richtigkeit spricht.[4] Das ist aber nach der Ausgestaltung unseres Zivilprozesses zweifellos der Fall, weil dieser auf die Verwirklichung der absoluten Richtigkeit hin angelegt ist. Dafür sprechen die sachlichen und personellen Vorkehrungen, die die ZPO getroffen hat, sowie die Regeln, an die der Erkenntnisvorgang selbst gebunden ist.[5] In diesen Regeln hat sich "die Erfahrung forensischer Wahrheitsfindung" niedergeschlagen[6]; sie sollen gewährleisten, daß der Sachverhalt möglichst wirklichkeitsgetreu dargestellt wird, und daß Fehlerquellen bei der Gewinnung des Urteils weitgehend ausgeschaltet werden.

Zusammenfassend halten wir fest, daß es im Zivilprozeß um eine "prozessual" oder "relativ" richtige Entscheidung geht, und daß die darin im Hinblick auf die Verwirklichung des materiellen Rechts liegende Beschränkung deshalb hinzunehmen ist, weil die Verfah-

1) Gaul, Grundlagen des Wiederaufnahmerechts, S. 58; Gilles, S. 53; vgl. auch Rimmelspacher, ZZP 84 (1971), S. 51
2) Vgl. Gilles, S. 228; ausführlich zu möglichen Fehlerquellen Duske, S. 55 ff.
3) S. 138
4) Gilles, S. 54
5) Dazu eingehend Gilles, S. 53
6) Rimmelspacher, ZZP 84 (1971), S. 51

rensregeln selbst einen Gerechtigkeitsgehalt aufweisen, und weil sie auf die Gewinnung der absolut richtigen Entscheidung hin angelegt sind. Ein nach diesen Regeln gewonnenes Urteil hat die Vermutung außerprozessualer Richtigkeit für sich und kann deshalb auch im Falle seiner möglichen, wenn auch auf Grund der geschaffenen Verfahrensvorkehrungen wenig wahrscheinlichen Unrichtigkeit als wirksam behandelt werden.[1]

2. Die Widerlegung und Verstärkung der Richtigkeitsvermutung im Instanzenzug

In welchem Verhältnis stehen nun die Rechtsmittelverfahren zu dieser Richtigkeitsvermutung der angefochtenen Entscheidung? Zweifellos haben die Rechtsmittel ihren Grund vor allem darin, daß selbst bei Beachtung der Verfahrensordnung keine absolute Garantie für die außerprozessuale Richtigkeit der Entscheidung gegeben ist, weil stets mit der Fehlbarkeit menschlicher Erkenntnis gerechnet werden muß.[2] Wird nun in den Rechtsmittelinstanzen die Richtigkeitsvermutung der Vorentscheidung durch deren Überprüfung gesteigert, oder wird sie widerlegt, oder wird sie nur dann verstärkt, wenn sie nicht widerlegt werden kann, wenn das Rechtsmittel also erfolglos bleibt? Welche Richtigkeitsgewähr hat dann die Rechtsmittelentscheidung für sich?

a) In jüngster Zeit hat besonders Gilles nachdrücklich darauf hingewiesen, daß den Rechtsmitteln der ZPO einheitlich das Anfechtungsprinzip zugrundeliegt.[3] Das bedeutet, daß die ZPO keine nichtigen Gerichtsakte kennt, sondern daß sie richterliche Entscheidungen zunächst als wirksam behandelt[4]; daß dies wegen

1) Vgl. Gilles, S. 54, 248 ff.
2) Rosenberg-Schwab, § 135 II
3) Insbesondere S. 19 f., 226 ff., mit weiteren Nachweisen
4) Gilles, aaO.

der den Entscheidungen innewohnenden Richtigkeitsvermutung auch gerechtfertigt ist, haben wir oben[1] dargelegt. Da aber die absolute Richtigkeit eines Urteils nicht garantiert ist, sondern eben nur vermutet wird, ist es den Parteien gestattet, die Richtigkeitsvermutung in einer höheren Instanz zu widerlegen oder zumindest zu erschüttern. Auf das eingelegte Rechtsmittel hin hat die Kontrollinstanz zu prüfen, ob die angefochtene Entscheidung "richtig" ist (arg. §§ 526 Abs. 1, 563), d. h. ob nach der prozessual beachtlichen Sachlage die von der Vorinstanz gezogenen Konsequenzen im Ergebnis zutreffen. "In der Unrichtigkeit bzw. Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung besteht die Begründetheit bzw. Unbegründetheit der Rechtsmittel."[2]

Widerlegt ist die Richtigkeitsvermutung, wenn ein Rechtsfindungsmangel[3] festgestellt wird, der bei der Aufklärung und Feststellung des Sachverhalts oder im Bereich des rechtlichen Erkenntnisvorgangs vorgekommen sein kann; sie ist auch im Falle eines Verfahrensmangels[4] widerlegt, wenn bei Vermeidung des Mangels eine andere Entscheidung ergangen wäre, wenn die angefochtene Entscheidung also auf dem Mangel beruht. In diesen Fällen ist die Entscheidung durch das Rechtsmittelgericht aufzuheben, weil ihre Existenzberechtigung entfallen ist.[5]

Dies gilt auch für die Berufungsinstanz. Die h. M. stellt zwar hier die Verfahrensfortsetzung und die Erneuerung der Verhandlung in den Vordergrund.[6] Jedoch liegt auch in der "Abänderung" der Vorentschei-

---

1) S. 138 f.
2) Gilles, S. 34
3) Dazu Gilles, S. 58 ff.
4) Dazu Gilles, S. 60 f.
5) Gilles, S. 36; zur Widerlegung der Richtigkeitsvermutung durch eine Veränderung der Sach- und Rechtslage s. unten S. 161 f.
6) So schon Wach, S. 180; vgl. ferner Hellwig, S. 835, Fußnote 8, und S. 842; Stein-Jonas-Grunsky, vor § 511, Anm. I; Blomeyer, § 103 III; Rosenberg-Schwab, § 135 I, 2 a

dung (§ 536) durch das Berufungsgericht deren Aufhebung[1]; die Besonderheit dieser Abänderung besteht lediglich darin, daß sie die Aufhebung (iudicium rescindens) und die Neuentscheidung (iudicium rescissorium) in einem Akt zusammenfaßt[2], während im Revisionsverfahren der Aufhebung regelmäßig[3] die Zurückverweisung an das Berufungsgericht folgt.

Aufgehoben werden muß eine Entscheidung aber nicht nur dann, wenn die für sie sprechende Richtigkeitsvermutung wegen Vorliegens eines für das Ergebnis kausalen Mangels positiv widerlegt, sondern in bestimmten Fällen bereits dann, wenn lediglich ein Fehler festgestellt ist, ohne daß es auf seinen tatsächlichen Einfluß auf den Entscheidungsinhalt ankäme.[4] Dies hat dann zu geschehen, wenn bestimmte schwere Verfahrensmängel festgestellt werden, deren Vorliegen besonders gravierende Zweifel an der Richtigkeit der trotz dieser Verfahrensfehler ergangenen Entscheidung hervorruft. Ist ein solcher, vom Gesetz allgemein als "wesentlich"[5] (§ 539) oder aber einzeln aufgeführter (§ 551) Mangel erkannt, dann ist allein dadurch die prozessuale Richtigkeit derart fraglich geworden, daß die Kausalität zwischen Verfahrensmangel und Unrichtigkeit der Entscheidung nicht mehr geprüft wird. Die zunächst widerleglich vermutete prozessuale Richtigkeit schlägt hier allein wegen der Möglichkeit, daß der Fehler Einfluß auf das Entscheidungsergebnis hatte,

---

1) Gilles, S. 33, 88
2) Baumbach-Lauterbach, § 537, Anm. II, B; Thomas-Putzo, vor § 511, Anm. V, 4; Gilles, S. 33
3) Vgl. dazu Arens, AcP 161 (1962), S. 183, der die Zurückverweisung nur als statistische Regel ansieht und die Sachentscheidungsbefugnis des Revisionsgerichts nicht als "eine dem Wesen der Revisionsentscheidung grundsätzlich fremde Ausnahme" auffaßt. Anders wohl Stein-Jonas-Grunsky, § 565, Anm. I, 1; Rosenberg-Schwab, § 147, III, 2
4) Gilles, S. 76 ff., 85 ff.
5) Wesentlich im Sinne dieser Vorschrift ist ein Verfahrensmangel dann, wenn er das Verfahren ungeeignet macht, die Grundlage des 1. Urteils und einer zweitinstanzlichen Verhandlung zu bilden (Stein-Jonas-Grunsky, § 539, Anm. I, 1), oder wenn er elementare Kautelen für die Richtigkeit einer Entscheidung wie ihrer Kontrollierbarkeit mißachtet (Gilles, S. 77 m. Nachw.)

in die unwiderlegliche Vermutung der Unrichtigkeit um.[1]

b) In der Literatur ist die Rede davon, daß durch die Rechtsmittel eine "verstärkte Garantie"[2] oder "größere Sicherheit"[3] für die Richtigkeit "der Entscheidung" herbeigeführt werde. Da bei einem Erfolg des Rechtsmittels, also im Falle der Unrichtigkeit der angefochtenen Entscheidung, die Vorentscheidung aufgehoben und damit wirkungslos wird, kann die Richtigkeit des beseitigten Urteils nicht mehr gesteigert werden. Dies kann vielmehr nur geschehen, wenn das Rechtsmittel unbegründet ist und das Rechtsmittelgericht daher die vorinstanzliche Entscheidung bestätigt. Es ist also zwischen den Fällen des Erfolges und des Mißerfolges eines eingelegten Rechtsmittels zu unterscheiden, um festzustellen, in welcher Weise eine gegenüber einem Urteil erster Instanz verstärkte Richtigkeitsgewähr durch das Rechtsmittelverfahren erreicht wird.

aa) Gelangt die Kontrollinstanz zu demselben Ergebnis wie die Vorinstanz, dann ist der Angriff gegen die Richtigkeitsvermutung des Urteils fehlgeschlagen und das Rechtsmittel zurückzuweisen; die Wahrscheinlichkeit, daß das Urteil die absolute Richtigkeit verfehlt hat, ist damit geringer geworden, denn "jede nochmalige Überprüfung richterlicher Tätigkeit (vergrößert) die Aussicht, daß die unterlaufenen Fehler auf ein Mindestmaß herabgedrückt oder ausgeräumt werden."[4] Die Vermutung der Richtigkeit, die das angefochtene Urteil auf Grund der getroffenen Verfahrensvorkehrungen für sich hatte, wird verstärkt.[5]

---

1) Gilles, S. 77, 86
2) Lent-Jauernig, § 72 III
3) Rosenberg-Schwab, § 135 II
4) Duske, S. 60
5) Gilles, S. 228

bb) Wird dagegen in der höheren Instanz die Richtigkeitsvermutung widerlegt oder erschüttert, dann verliert das Urteil seine Existenzberechtigung und wird vernichtet. Die Sache ist nunmehr neu oder, wie das Gesetz sagt, "anderweit" (§ 565 Abs. 1) zu entscheiden, und diese Neuentscheidung tritt an die Stelle der aufgehobenen. Die Frage, ob die ersetzende Entscheidung die Vermutung der Richtigkeit nur in demselben Maße wie die beseitigte für sich hat, oder ob sie mit größerer Wahrscheinlichkeit der wirklichen Rechtslage entspricht, ist im letzteren Sinne zu beantworten.[1]

Denn in aller Regel werden nur einzelne Teile des Verfahrens oder des Rechtsfindungsgangs fehlerhaft gewesen sein. Diese erkannten Fehler werden bei der erneuten Entscheidung vermieden. Im übrigen wird diese aber auf der alten Entscheidung aufbauen und dessen als richtig erkannte Bestandteile übernehmen können. Mit der Feststellung, daß das angegriffene Urteil in bestimmten Punkten unrichtig ist, verbindet sich gleichzeitig die Aussage, daß es im übrigen - wenigstens nach dem bislang maßgeblichen Sachverhalt - fehlerfrei ist. Soweit also die ersetzende Entscheidung zu anderen Ergebnissen kommt als die aufgehobene, spricht eine erhöhte Vermutung für ihre Richtigkeit, weil die seinerzeit gemachten Fehler nunmehr ausgemerzt sind, und soweit sie in einzelnen Punkten der alten Entscheidung entspricht, kommt ihr deshalb eine größere Richtigkeitsgewähr zu, weil sie in diesem Umfang die Entscheidung nach Überprüfung bestätigt hat.

Diese gesteigerte Richtigkeitsvermutung gilt aber nicht für das Verfahren des Berufungsgerichts, in welchem

---

1) So wohl auch Gilles, S. 182. Anders allerdings S. 228, wo Gilles davon spricht, daß die erneute Entscheidung "wieder die Vermutung der Richtigkeit" für sich habe. Nicht eindeutig heißt es später (S. 251 f.), die andere Entscheidung sei "mit 'normaler' und (?) jedenfalls einer höheren Wahrscheinlichkeit rechtmäßig" als die beseitigte.

neue, von den alten abweichende oder sie ergänzende Feststellungen getroffen wurden. Jeder Tatrichter setzt bei seinem Verfahren in der Befolgung prozessualer Vorschriften einen neuen Sachverhalt[1], der noch nicht überprüft wurde. Nachgeprüft wurde nur die Anwendung der Beurteilungsnormen und das Verfahren zur Gewinnung des unverändert in die neue Entscheidung hineingenommenen Sachverhalts, und nur insoweit kann eine gegenüber der Vorentscheidung erhöhte Richtigkeit vermutet werden.

Mit der genannten Einschränkung in Bezug auf das neue Verfahren ist grundsätzlich den Sachentscheidungen der Oberlandesgerichte, die nach Aufhebung der erstinstanzlichen Urteile oder nach Zurückverweisung der Sache durch das Revisionsgericht ergehen, eine höhere Gewähr für die Richtigkeit beizumessen als den erstinstanzlichen Urteilen. Es wird zu prüfen sein, inwieweit trotz dieser generell gesteigerten Richtigkeitsvermutung noch ein Bedürfnis der Parteien anzuerkennen ist, eine weitere Kontrollinstanz anrufen zu können.

Als Ergebnis können wir vorerst festhalten, daß die Frage, ob durch die Anrufung eines Rechtsmittelgerichts die Richtigkeitsgarantie "der Entscheidung" verstärkt wird, ungenau gestellt ist. Es ist vielmehr zu unterscheiden, ob das Rechtsmittel unbegründet ist - dann wird die angefochtene Entscheidung bestätigt - oder nicht - dann ist sie aufzuheben und durch eine anderweitige Entscheidung des Streits zu ersetzen. Im ersten Fall wird die Richtigkeitsvermutung des erstinstanzlichen Urteils gesteigert, im zweiten ergeht eine neue Entscheidung des Rechtsmittelgerichts oder - nach Zurückverweisung - der Vorinstanz, die aber von vornherein eine insgesamt höhere Richtigkeitsgewähr bietet als die erstmalige Entscheidung im anhängigen Rechtsstreit. Das Rechtsmittelverfahren be-

---

1) Pohle, S. 11

wirkt also - sofern es überhaupt zur Begründetheitsprüfung des Rechtsmittels kommt -, daß die nach seiner Durchführung maßgebende Entscheidung, sei es weiterhin die alte, sei es eine neue, mit größerer Wahrscheinlichkeit richtig ist als die angefochtene.

3. Der zeitliche Bezugspunkt für die Richtigkeitsprüfung in der Rechtsmittelinstanz

Es bleibt schließlich noch die Frage zu beantworten, welcher Zeitpunkt für die Beurteilung der Richtigkeit durch das Rechtsmittelgericht entscheidend ist. Denkbar sind zwei Möglichkeiten: Es könnte geprüft werden, ob das angefochtene Urteil zur Zeit seines Erlasses richtig war, oder man könnte darauf abstellen, ob es im Zeitpunkt der Rechtsmittelentscheidung - noch - zutrifft. Die Klärung dieser Frage ist insbesondere im Hinblick auf das Revisionsverfahren für uns von Interesse, weil sie Aufschlüsse über die Bedeutung des Novenverbots geben kann: Hat das Revisionsgericht nur festzustellen, ob die Entscheidung des Berufungsgerichts nach der diesem vorliegenden Sach- und Rechtslage zutraf, dann ist das Novenverbot die logische Konsequenz dieser begrenzten Aufgabe. Muß dagegen angenommen werden, daß der BGH zu prüfen hat, ob das oberlandesgerichtliche Urteil noch z. Z. der Kontrolle richtig ist, dann stellt sich das Novenverbot in einem anderen Licht dar, nämlich als Ausnahmevorschrift, die besonderer Rechtfertigung bedarf[1]; von diesem letzteren Standpunkt aus könnte die Richtigkeitsvermutung des Berufungsurteils auch durch nachträgliche Veränderungen der Sach- und Rechtslage angreifbar werden.

Wir wenden uns zunächst dem Berufungsverfahren zu, um sodann zu prüfen, ob von dem dort geltenden Grundsatz Abweichungen für das Revisionsverfahren bestehen.

---

1) Vgl. Gilles, S. 63

a) Daß es in der Berufungsinstanz darauf ankommt, ob die angefochtene Entscheidung im Zeitpunkt ihrer Überprüfung richtig ist, kann nicht bezweifelt werden. Es ergibt sich ohne weiteres aus dem Gesetz, und zwar gerade aus der grundsätzlichen Zulassung von Noven (§ 529 Abs. 1). Diese schließt es aus, die Nachprüfung auf den Sachverhalt zu beschränken, der dem ersten Urteil zugrunde lag; vielmehr gestattet sie es, dessen Richtigkeitsvermutung nicht nur wegen Fehlern der Vorinstanz, sondern auch wegen nachträglich eingetretener Veränderungen in Zweifel zu ziehen.

Auch wer nicht die Richtigkeitsprüfung in den Vordergrund stellt, sondern das Wesen der Berufung vor allem in der Fortsetzung und Erneuerung der Verhandlung sieht[1] und deshalb für die Entscheidung des Berufungsgerichts zwangsläufig die zu dieser Zeit bestehende Sach- und Rechtslage als maßgeblich erachtet, muß prüfen, ob die danach gebotene Entscheidung mit der angefochtenen übereinstimmt, oder ob diese abzuändern ist; es findet also zumindest inzident eine Richtigkeitsprüfung für die Zeit der Berufungsentscheidung statt.

b) Daß auch das Revisionsgericht auf den Zeitpunkt seiner Entscheidung abzustellen habe, wenn es das Berufungsurteil auf seine Richtigkeit - d. h. gemäß §§ 549, 550, 561 auf das Vorliegen von Gesetzesverletzungen - nachprüft, wurde lange Zeit insbesondere von der Rechtsprechung grundsätzlich verneint.

aa) Das RG meinte aus dem Wortlaut des § 549 schließen zu müssen, bei der Prüfung von Gesetzesverletzungen sei der Zeitpunkt der berufungsgerichtlichen Entscheidung maßgebend; die gegenteilige Meinung widerspreche "durchaus dem Sprachgebrauch, nach welchem es ausgeschlossen erscheint, einem Richter eine Gesetzesverletzung beizumessen, wenn er das Recht, das er anzuwenden verpflichtet war, richtig angewendet hat."[2]

---

1) Nachweise oben S. 141, Fußnote 6
2) RGZ 45, 418 (421)

Neue, d. h. nach Erlaß des Berufungsurteils ergangene Gesetze könnten nicht verletzt worden sein, da deren Anwendung dem Gericht 2. Instanz verboten gewesen sei.[1] Das RG sah sich durch diese Auslegung des § 549 prozeßrechtlich daran gehindert, neues materielles Recht anzuwenden und verlangte auch bei an sich rückwirkenden Gesetzen einen besonderen Anhaltspunkt dafür, daß mit einem solchen Gesetz "auch die erwähnten, durch das Prozeßrecht der Aufhebung oder Abänderung oberlandesgerichtlicher Urteile gezogenen Schranken beseitigt sein sollten".[2]

Diese "subjektive Theorie"[3], nach der es darauf ankam, ob dem Berufungsgericht ein Vorwurf gemacht werden konnte, ist vom RG im Grundsatz Zeit seines Bestehens aufrechterhalten und häufig befolgt worden[4]; sie wurde in der älteren Literatur weitgehend gebilligt.[5] Der Sache nach überwogen aber schließlich Entscheidungen, in denen das RG neue Gesetze anwendete. Diese Ausnahmen von dem ursprünglichen Grundsatz begründete das RG mit der von dem betreffenden Gesetz angeordneten Rückwirkung. Solche Rückwirkung konnte im Gesetz ausdrücklich angeordnet sein[6]; sie konnte sich nach Ansicht des RG aber auch aus dessen Sinn und Zweck ergeben[7], und zwar ganz allgemein oder aus bestimmten Gründen, etwa weil sie von öffentlichen Interessen gefordert wurde[8], weil Prozeßvorschriften bereits

1) RGZ 45, 97 (98)
2) RGZ 45, 418 (422)
3) Mattern, JZ 1963, S. 651
4) Vgl. RGZ 63, 140 (142); RGZ 77, 8 (9); RG GruchBeitr. 59 (1915), 502; RG JW 1938, S. 748 Nr. 12; RGZ 101, 162 (164 f.); RGZ 128, 344 (350)
5) Vgl. Förster-Kann, § 549, Anm. 4; Stein-Jonas, 12. und 13. Auflage, § 549, Anm. III, A; Seuffert-Walsmann, 11. Auflage, § 549, Anm. 2, Sydow-Busch, 9. Auflage, § 549, Anm. 3; Planck, S. 517; Kisch, JR 1926, S.456. A. A. im älteren Schrifttum Rosenberg, 1. Auflage, § 146 III, 4; Hellwig, S. 855
6) Vgl. RGZ 100, 243 (246); RGZ 101, 141 (147 f.); RGZ 111, 320 (321); RGZ 115, 207 (208)
7) RGZ 128, 344 (350); RG JW 1938, S. 748 Nr. 12
8) RGZ 97, 158 (161); RGZ 101, 141 (147 f.); RGZ 102, 161 (166); RGZ 108, 139 (143); RGZ 112, 169 (172); RGZ 128, 344 (350); RGZ 154, 133 (139)

im anhängigen Prozeß angewendet werden sollten[1], oder weil ein neues Gesetz das alte nur interpretierte.[2] Praktisch wurden im Laufe der Zeit trotz ständiger Wiederholung des Ausgangsstandpunktes die Ausnahmen zur Regel. Allerdings bezogen sie sich nur auf die Berücksichtigung neuer Reichsgesetze; denn das RG sah in der Anordnung der Rückwirkung neuen Rechts eine Änderung der Prozeßordnung, die durch Landesgesetz nicht bewirkt werden konnte.[3]

Der BGH bekannte sich anfänglich zu dem subjektiven Grundsatz des RG[4], ließ jedoch ebenfalls Ausnahmen zu, so z. B., wenn die Anwendung des neuen Gesetzes zur Aufrechterhaltung des Berufungsurteils mit anderer Begründung führte[5], oder wenn nach einer an sich erforderlichen Zurückverweisung die Vorinstanz die neue Norm ebenfalls berücksichtigen müßte.[6] Schon bald darauf[7] gab der BGH die ohnehin meist durchbrochene These des RG auf und nahm einen objektiven Standpunkt ein. Er hielt es nicht länger für zweifelhaft, daß "die Nachprüfung des Urteils auf seine - objektive - Rechtsrichtigkeit hin nach Maßgabe des im Zeitpunkt der Entscheidung des Revisionsgerichts anzuwendenden Rechts vorzunehmen ist".[8] Es komme lediglich darauf an, ob das neue einschlägige Gesetz nach seinem zeitlichen Geltungswillen das streitige Rechtsverhältnis mit erfassen wolle oder nicht. Sei diese Frage zu bejahen, dann sei auch das Revisionsgericht an diesen Gesetzesbefehl gebunden und könne nicht mehr entgegen diesem Gesetz in seinem Urteil etwas als Rechtens erklären, was nicht mehr Rechtens sei.[9] Diese Rechtsprechung wurde in der Folgezeit be-

1) RGZ 110, 160 (162)
2) RGZ 152, 86 (89)
3) Vgl. RG JW 1927, S. 1257 Nr. 15; RGZ 152, 86 (89 f.). In dieser letzteren Entscheidung wurde allerdings ausnahmsweise ein neues Landesgesetz berücksichtigt, weil es zur Auslegung eines Reichsgesetzes dienen sollte.
4) BGHZ 7, 161 (165)
5) BGHZ 2, 324 (327 f.); BGHZ 7, 161 (165)
6) BGHZ 8, 256 (259 f.)
7) BGHZ 9, 101 ff.
8) BGHZ 9, 101 (103)
9) BGH aaO.

stätigt und gefestigt.[1]

Auch im Schrifttum[2] wird seit der Untersuchung von Meiß[3] nirgends mehr bezweifelt, daß in der Frage, ob Gesetzesänderungen nach Erlaß des Berufungsurteils beachtlich sind, die "objektive Theorie" gilt, d. h. neue Gesetze anwendbar sind, sofern dies nach den allgemeinen Grundsätzen über die zeitliche Geltung von Gesetzen[4] gerechtfertigt ist. Die durchschlagendsten Argumente hierfür sind: Der zufällige Umstand, wann das Berufungsverfahren beendet wurde, kann nicht entscheidend für die Rechtsanwendung sein[5]; die Aufgabe des Revisionsgerichts ist die Nachprüfung der angefochtenen Entscheidung auf ihre Übereinstimmung mit dem geltenden Recht und nicht die Korrektur eines bei ihrem Erlaß begangenen Fehlers[6]; das Revisionsgericht hat nicht nur das untere Gericht zu kontrollieren, sondern auch dessen Entscheidung mit dem geltenden Recht in Einklang zu bringen[7]; das Revisionsgericht ist nicht zur Zensur rechtlicher Fehler berufen[8]; unsere Rechtsmittel sind keine "Gerichtsrügemittel" oder "Richterschelten"[9]; § 563 ist ein unwiderlegliches Indiz dafür, daß es im Revisionsverfahren auf die "hic - et - nunc - Richtigkeit" der Berufungsentscheidung ankommt.[10]

bb) Die aufgezeigte Entwicklung der Meinungen zum

---

1) Vgl. BGHZ 15, 27 (33); BGHZ 17, 69 (73); BGHZ 18, 325 (326); BGHZ 24, 253 (256); BGHZ 26, 239 (240); BGHZ 36, 348 (350); BGH LM Nr. 17, 42 u. 61 zu § 549
2) Stein-Jonas-Grunsky, § 549, Anm. III, A 1; Nikisch, S. 496; Rosenberg-Schwab, § 144 VIII; Zeiß, § 83, VII, B 5; Schwinge, S. 72, sowie die in Fußnoten 3-10 genannten Autoren
3) ZZP 65 (1952), S. 114 ff.
4) Dazu Meiß, aaO., S. 115
5) Meiß, aaO., S. 120
6) Meiß, aaO.; Baumbach-Lauterbach, § 549, Anm. 2 A; Blomeyer, § 104 VI
7) Lent-Jauernig, § 74 IV, B 1
8) Bruns, § 54 VII, 1 b
9) Gilles, S. 63
10) Gilles, S. 79 ff.

Problem der Berücksichtigung von Gesetzesänderungen während des Revisionsverfahrens kann nicht ohne Auswirkungen auf das Verständnis des Novenverbots bleiben. Solange es unter der Herrschaft der subjektiven Theorie als Aufgabe des Revisionsgerichts angesehen wurde, Irrtümer des Berufungsrichters zu korrigieren, solange mußte das Verbot neuen Vorbringens als eine Selbstverständlichkeit erscheinen; denn das Berufungsgericht konnte einen Sachverhalt, der ihm gar nicht vorgelegen hatte, auch nicht unrichtig beurteilt haben. Nach der Auffassung des RG mußte also zwangsläufig bei der revisionsgerichtlichen Nachprüfung der Tatbestand des Berufungsurteils und durfte nicht etwa ein nachträglich veränderter zugrunde gelegt werden.

Seitdem aber die objektive Richtigkeit z. Z. der Revisionsentscheidung als maßgebend anerkannt ist und auch - jedenfalls auf rechtlichem Gebiet - eine nach Abschluß der Berufungsverhandlung eingetretene Entwicklung berücksichtigt wird, kann das Novenverbot nicht mehr als zwangsläufige Konsequenz einer auf Erforschung subjektiver Fehler beschränkten Aufgabe des Revisionsgerichts verstanden werden, sondern bedarf selbständiger Begründung.

Dem Bestreben, der objektiven Rechtslage möglichst nahe zu kommen, entspricht das Bedürfnis, auch den Tatbestand möglichst weitgehend an die wahre Sachlage heranzuführen. Die objektive Theorie ist zweifellos Ausdruck der Tendenz, die Tätigkeit des Revisionsgerichts insgesamt stärker auf die für den Zeitpunkt der letzten Revisionsverhandlung zutreffende Entscheidung des Rechtsstreits auszurichten; damit wird die Aufgabe des Revisionsrichters der des Berufungsrichters im Prinzip vergleichbar. So kann es nicht verwundern, wenn ein heute führender Zivilprozeßrechts-Kommentar[1] Einschränkungen des Novenverbots

1) Stein-Jonas-Grunsky, § 561, Anm. II, 2 g

damit begründen will, daß die Aufgabe des Revisionsgerichts - nachdem Gesetzesänderungen berücksichtigt würden - nicht mehr ausschließlich in der Überprüfung des Berufungsurteils gesehen werden könne; habe das Revisionsgericht aber der inzwischen eingetretenen Entwicklung Rechnung zu tragen, so sei nicht einzusehen, daß sich dies auf Veränderungen des anzuwendenden Rechts beschränken solle.

Mit der Anerkennung der objektiven Theorie ist es möglich und auch notwendig geworden, das Novenverbot nicht als mit dem "Wesen" der Revision vorgegebenes Essentiale, sondern als Ausdruck einer Bewertung der im Revisionsverfahren auf dem Spiel stehenden Interessen zu sehen, einer Bewertung, die auch Züge einer Zweckmäßigkeitsregelung tragen kann.

Nachdem wir festgestellt haben, daß es in den Rechtsmittelinstanzen darum geht, die Richtigkeitsgewähr des bisherigen Prozeßergebnisses zu steigern, und daß die Richtigkeitsprüfung sich auch im Revisionsverfahren auf den Zeitpunkt der Rechtsmittelentscheidung bezieht, können wir uns jetzt wieder unserer Ausgangsfrage nach den berechtigten Parteiinteressen an einer dritten Instanz zuwenden.

4. Bedürfnisse nach Verbesserung der Berufungsentscheidungen

Von der Erkenntnis ausgehend, daß jede nochmalige Überprüfung der im Urteil kristallisierten richterlichen Tätigkeit die Zahl möglicher Fehlerquellen verringert, könnte man versucht sein, ohne weiteres eine dritte Instanz im Parteiinteresse für notwendig zu halten, um dem Ideal absoluter Richtigkeit der Entscheidung noch näher zu kommen, als dies der Berufungsentscheidung bereits gelungen ist. Mit derselben Berechtigung müßte dann aber eine vierte und fünfte Instanz gefordert werden, wenn es darum ginge, die prozessuale Richtigkeit immer weiter an die außerprozessuale heran-

zuführen, ohne sie jedoch ganz erreichen zu können. Eine derartige theoretische Betrachtungsweise würde jedoch verkennen, daß die Annäherung an die Gerechtigkeit durch ständige Vermehrung von Instanzen auf Kosten der Rechtsgewißheit ginge[1] und die Parteien praktisch ohne Rechtsschutz ließe, für dessen Wirksamkeit es wesentlich ist, in welcher Zeit er durchgesetzt werden kann. Ein Verfahren in dem Instanz auf Instanz gehäuft würde, gliche der "Process-Maschine, von derem kunstvollem Räderwerk die Streitsache bis ins Endlose fortbewegt und das gute Recht in langsamem Siechthum abgetödtet wird", bei deren Anblick Wach[2] Widerwillen empfindet. Der Rechtsmittelzug ist also zu beschränken, und anstelle der abstrakten Wahrscheinlichkeit, die Richtigkeitsgarantie weiter zu steigern, kommt es darauf an, wieweit ein praktisches Bedürfnis und die reale Aussicht bestehen, in einer dritten Instanz die Richtigkeitsvermutung des Berufungsurteils noch zu erschüttern, um nach dessen Aufhebung den Weg zu einer weiter verbesserten Entscheidung freizumachen.

Daß eine Instanz allein noch nicht den Anforderungen eines rechtsstaatlichen Verfahrens genügt, liegt auf der Hand: Die Möglichkeit einer Kontrolle ist schon deshalb geboten, um den ersten Richter zu gründlicher Bearbeitung der Sache anzuhalten. Die Wahrscheinlichkeit, daß die Richtigkeitsvermutung der ersten Entscheidung widerlegt werden kann, ist auch verhältnismäßig groß[3], weil bei der ersten Beurteilung des Rechtsstreits gröbere Versehen vorstellbar sind: Wesentliche Gesichtspunkte können bei der Feststellung des Sachverhalts unberücksichtigt bleiben, weil der erste Richter nur aus einer bestimmten, durch den Par-

1) Vgl. Duske, S. 60
2) Vorträge, S. 178 f.
3) Baumgärtel, Festschrift für Reinhardt, S. 48, berichtet von einer statistischen Erhebung in den Jahren 1970/71, derzufolge von 977 landgerichtlichen und 977 oberlandesgerichtlichen Berufungsurteilen 47,5 % bzw. 42,5 % das erstinstanzliche Urteil abänderten.

teivortrag nahegelegten rechtlichen Blickrichtung an die Sache herangegangen ist, bei der Rechtsanwendung können wichtige Aspekte übersehen werden, und die Parteien können erhebliches Tatsachenmaterial unbeabsichtigt oder aus guten Gründen zurückgehalten haben (z. B. Geschäftsgeheimnisse oder ehrenkränkende Tatsachen), in der Meinung, ihr bisheriger Vortrag reiche zum Prozeßsieg aus. Alle diese Fehler und Versäumnisse können in einer zweiten Tatsacheninstanz, wie sie die ZPO kennt, weitgehend gehoben werden. Andere Anwälte und Richter, die unbefangen an den bisherigen Streitstand herangehen, werden notwendige rechtliche oder tatsächliche Ergänzungen durchführen bzw. anregen. Insgesamt ist die Gefahr, daß nach zweimaliger eingehender Erörterung des Streites noch erhebliche Rechtsfehler unentdeckt geblieben oder Möglichkeiten zu tatsächlicher Aufklärung nicht genutzt worden sind, so gering zu veranschlagen, daß eine weitere Instanz in der Art der Berufung mit umfassender Prüfung von Tat- und Rechtsfragen weder erforderlich noch im Hinblick auf den Zeit-, Arbeits- und Kostenaufwand zu verantworten ist. Wäre es anders, dann könnte nicht gerechtfertigt werden, daß die landgerichtlichen Berufungsurteile nicht weiter nachgeprüft werden.

Im Grundsatz trifft also die oben[1] erwähnte Ansicht zu, daß den Anforderungen der Parteien an den Staat genüge getan ist, wenn sie "ihren Rechtsstreit in einem wohlgeordneten Verfahren zweimal verhandeln und die Entscheidung zweier wohlbesetzter Gerichte... erwirken"[2] konnten. Freilich wird die böswillige oder querulatorische Partei, wenn sie unterliegt, stets nach weiteren Instanzen rufen. Zu berücksichtigen sind aber nur die wohlverstandenen Interessen der Parteien, die nur dann vorliegen, wenn der bisherige Rechtsschutz noch verbesserungsbedürftig ist.

---

1) S. 131
2) Hahn-Stegemann, S. 141

Kann wegen der bereits erhöhten Richtigkeitsvermutung der Entscheidung nach Abschluß der zweiten Instanz ein allgemeines Bedürfnis der Parteien nach weiterer Kontrolle eine dritte Instanz nicht rechtfertigen, so ist doch zu fragen, ob es bestimmte Punkte gibt, in denen diese Richtigkeitsgewähr der zweitinstanzlichen Urteile noch nicht als ausreichend erscheint, so daß hier die konkrete Aussicht besteht, Fehler zu korrigieren, die bisher erreichte Richtigkeitsvermutung zu beseitigen und zu einer anderweitigen Entscheidung mit verstärkter Richtigkeitsgarantie zu kommen.

Dazu ist vorweg ganz allgemein zu sagen, daß der Streitwert eines Prozesses kein generelles Kriterium dafür ist, daß die in zwei Instanzen erreichte Richtigkeit der Entscheidung nicht ausreicht und eine nochmalige Prüfung erforderlich ist. Die Richter arbeiten in Prozessen, in denen es um größere Werte geht, sicherlich nicht weniger sorgfältig als in wirtschaftlich minder bedeutenden Sachen, eher im Gegenteil. Die Richtigkeitsgewähr von Entscheidungen in Verfahren mit besonders hohen Streitwerten kann also nicht geringer veranschlagt werden als die Richtigkeitsgarantie, die in "Durchschnittsprozessen" erreicht wird. Für das Interesse der Parteien selbst an einem Prozeß ist der Streitwert ohnehin nur von relativer Bedeutung; eine Forderung, die für einen Handwerksbetrieb eine Existenzfrage ist, kann für einen Konzern wirtschaftlich ganz unerheblich sein.[1]

Wir müssen deshalb von der richterlichen Tätigkeit im Prozeß ausgehen und fragen, inwieweit die Gewinnung und die tatsächliche und rechtliche Würdigung des Prozeßstoffs durch den Berufungsrichter einer erneuten Kontrolle unterzogen werden müssen.

a) Wie wir bereits ausgeführt haben[2], bedarf das Verfahren jeder Tatsacheninstanz einer Kontrolle, weil bei der Feststellung von Tatsachen erstmals ein neuer (Verfahrens-) Sachverhalt durch den Richter geschaf-

1) Lent-Jauernig, § 74, III, 2
2) Oben S. 130, 144 f.

fen wird, der noch nicht überprüft wurde; das Verfahren des Berufungsgerichts nimmt deshalb an der erhöhten Richtigkeitsgarantie der Berufungsentscheidung nicht teil.[1] Wir hatten oben[2] die Notwendigkeit einer Verfahrenskontrolle vor allem mit öffentlichen Interessen an der Güte und dem Ansehen der Rechtsprechung begründet. Es besteht aber, wie im jetzigen Zusammenhang zu betonen ist, in gleichem Maße ein Interesse der Parteien an der Überprüfung des Verfahrens und seiner Aufhebung, falls es sich als unrichtig erweist.

Ein erstes Bedürfnis, die Berufungsentscheidung im Parteiinteresse nachzuprüfen, ist also in Bezug auf das berufungsgerichtliche Verfahren gegeben, weil insoweit die Richtigkeitsvermutung der zweiten Instanz nur denselben Grad wie die einer erstinstanzlichen, unüberprüften Entscheidung besitzt.

Entsprechendes gilt für diejenigen prozessualen Urteilserlaßvoraussetzungen, die die besonderen Zulässigkeitserfordernisse der Berufungsinstanz regeln (Statthaftigkeit, Beschwer, Erwachsenheitssumme, Form, Frist, Begründung). Insoweit kommt eine erhöhte Richtigkeitsgewähr der Berufungsentscheidung nicht in Frage, weil das Berufungsgericht erstmals über diese Punkte zu befinden hatte. Es erscheint daher notwendig, seine Rechtsansicht - z. B. über die Voraussetzungen einer Wiedereinsetzung bei Fristversäumnis oder über das Vorliegen einer Beschwer - nachprüfen lassen zu können.

b) Für die Rechtsanwendung des Berufungsgerichts im übrigen gilt dagegen die verstärkte Richtigkeitsgarantie, so daß im Grundsatz kein Interesse an einer Kontrollinstanz anzuerkennen ist. Hiervon bestehen jedoch Ausnahmen.

---

1) S. oben S. 144 f.
2) S. 130

Dies ist einmal dann anzunehmen, wenn das Berufungsgericht in einer entscheidungserheblichen Rechtsfrage von der Rechtsprechung eines anderen OLG abweicht. Wenn andere, im Prinzip gleichermaßen qualifizierte Richter eine in concreto wesentliche Rechtsfrage und damit den Rechtsstreit anders entscheiden würden, dann kann den Parteien die Richtigkeitsgewähr des Berufungsurteils nicht genügen, da sie nicht ohne weiteres davon ausgehen können, daß gerade "ihr" Gericht das Richtige getroffen hat. Sie haben vielmehr ein Interesse daran, daß von einer übergeordneten und möglichst qualifizierten Instanz die streitige Frage überprüft und auf Grund vertiefter Einsichtin das Recht richtig entschieden wird.

Entsprechend liegt es, wenn das Berufungsgericht von einer BGH-Entscheidung abweicht, etwa weil es neue wesentliche Gesichtspunkte entdeckt zu haben glaubt, oder weil es eine Kritik im Schrifttum an der bisherigen Rechtsprechung für begründet hält, und aus diesen Gründen die Rechtsprechung für änderungsbedürftig ansieht. Auch hier ist die Richtigkeit der Entscheidung noch nicht ausreichend gewährleistet. Dasselbe gilt, wenn eine in der Rechtsprechung bislang noch nicht geklärte Rechtsfrage zu entscheiden ist, deren Beantwortung zweifelhaft oder umstritten ist, insbesondere wenn dabei die Fortbildung des Rechts in neu auftauchenden Sachverhalten in Frage steht. Zusammengefaßt heißt das, daß ein Bedürfnis nach weiterer Richtigkeitskontrolle in Rechtsfragen immer dann besteht, wenn diese Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung sind[1] und ihretwegen auch im Allgemeininteresse die Revision zuzulassen ist. Diese Feststellung ist nicht überraschend, wenn man bedenkt, daß die Parteien im Prozeß ein mindestens ebenso dringendes Interesse daran haben, daß klärungsbedürftige - weil in der Rechtsprechung noch nicht entschiedene

1) S. dazu auch oben S. 116

oder wieder zweifelhaft gewordene - Rechtsfragen mit möglichst hoher Wahrscheinlichkeit zutreffend beantwortet werden, wie die übrigen Staatsbürger, die auf Grund einer Klärung dieser Probleme ihr künftiges Verhalten einrichten und in einem auftretenden Streitfall die zu erwartende Rechtsprechung vorausberechnen wollen.

c) Es bleibt die Feststellung und Würdigung des Sachverhalts durch das Berufungsgericht zu betrachten. Was die verfahrensrechtliche Seite anbetrifft, so haben wir die Notwendigkeit einer Kontrolle sowohl im Allgemein- wie im Parteiinteresse bereits hervorgehoben.[1]

aa) Eine zutreffendere, der Wirklichkeit näher kommende Würdigung des in den ersten beiden Instanzen vorgetragenen Prozeßstoffs, als sie vom Berufungsgericht vorgenommen wurde, ist von einem Revisionsgericht nicht zu erwarten, eher im Gegenteil: Eine neue Erhebung und Würdigung von Beweisen verspricht keine höhere Richtigkeit; infolge des größer gewordenen zeitlichen Abstands werden sich historische Vorgänge noch schwerer aufklären lassen als in der Vorinstanz. Bei einem erneuten Versuch, den wahren Sachverhalt zu gewinnen, ist auch deshalb in der Revisionsinstanz keine besondere Garantie für eine Verbesserung des bisherigen Ergebnisses gegeben, weil hier keine besondere Qualifikation des obersten Zivilgerichts zum Tragen kommen kann. Es handelt sich nicht um Fragen besonderen Schwierigkeitsgrades, sondern um "einfache Verstandestätigkeit"[2], wobei die Aussicht, daß das Revisionsgericht Fehler des Berufungsgerichts aufdeckt, nicht sehr groß ist. Beispielsweise ist nicht gewährleistet, daß der Revisionsrichter eine höhere Menschenkenntnis und Lebenserfahrung besitzt und infolgedessen etwa eine Zeugenaussage zutreffender erfassen kann als der Berufungsrichter. Bereits auf dem 1. Deutschen Juri-

1) Oben S. 130, 155 f.
2) v. Sternenfels, S. 26

stentag hat Waldeck hierzu ausgeführt[1]:
"Die Würdigung und Auffassung des Fakti, z. B.: wie schriftliche und mündliche Erklärungen aufzufassen, was ein Zeuge gesagt oder nicht gesagt hat, ob ein Zeuge glaubwürdiger ist als der andere, alle diese Erwägungen sind sehr von subjektiven Ansichten abhängig, sehr arbiträrer Natur. Es ist kein Grund vorhanden, hier dem Appellationsgericht gegenüber eine Kritik eintreten zu lassen, welche die eine tatsächliche Würdigung an die Stelle der anderen setzen würde. Der Staat hätte nicht die mindeste Garantie dafür, daß diejenige des höchsten Gerichtshofs die bessere sein werde; dafür gibt weder die Stellung, noch die juristische Befähigung, noch der größere Blick über ein weiteres Gebiet irgend eine Gewähr."

Es ist also mit anderen Worten so wenig aussichtsreich , die Richtigkeitsvermutung des Berufungsurteils durch den Nachweis von Fehlern bei der tatsächlichen Würdigung des Prozeßstoffs in der Revisionsinstanz noch zu erschüttern, daß insoweit ein Bedürfnis nach Überprüfung nicht bejaht werden kann.

bb) Ein Parteiinteresse, den bisherigen Prozeßstoff in einer dritten Instanz durch Alttatsachen zu ergänzen, ist grundsätzlich nicht anzuerkennen. Man kann davon ausgehen, daß die Parteien bis zur letzten Berufungsverhandlung[2] alle ihnen bekannten und als möglicherweise erheblich erscheinenden Tatsachen vorgetragen haben. Die Wahrscheinlichkeit, daß noch Umstände bekannt werden, auf die die Parteien während zweier Instanzen noch nicht gestoßen sind, ist äußerst gering zu veranschlagen. Nur wegen dieser eher theoretisch denkbaren als real zu erwartenden Möglichkeit eine neue Tatsacheninstanz einzuführen, wäre im Hinblick auf die weitere Verzögerung der Streitentscheidung nicht gerechtfertigt. Soweit die Parteien ihnen

1) S. 33 f.
2) Sofern zwischen letzter Berufungsverhandlung und Verkündung des Berufungsurteils noch erhebliche Tatsachen bekannt geworden sind, besteht die Möglichkeit, die Verhandlung wiederzueröffnen (§ 156)

bekannte Tatsachen nicht vorgetragen haben, muß angenommen werden, daß sie dies nicht tun wollten oder es aus Nachlässigkeit unterlassen haben. Dann ist noch weniger ein Bedürfnis als bei bisher unbekannten Tatsachen anzuerkennen, den Vortrag noch nachholen zu können; vielmehr ist der Ausschluß von zurechenbar unterlassenem Vortrag als Verwirkungsfolge[1] gerechtfertigt.

Eine Ausnahme gilt aber für Alttatsachen, mit denen besonders schwere Mängel der Grundlagen des Berufungsurteils geltend gemacht werden sollen; an der Geltendmachung solcher Umstände ist ein Parteibedürfnis anzuerkennen, sofern die Mängel im bisherigen Verfahren noch nicht gerügt werden konnten. Nicht endgültig abgeschnitten werden darf den Parteien auch die Verwertung von Alttatsachen, mit denen das Fehlen elementarer rechtsstaatlicher Verfahrensgarantien dargetan werden soll. Insoweit deckt sich das Bedürfnis nach Novenzulassung mit dem Interesse an Verfahrenskontrolle. Liegen Ausnahmefälle dieser Art vor, dann muß das Interesse der Allgemeinheit und des Gegners an einem Abschluß des Rechtsstreits hinter dem Bedürfnis der betroffenen Partei an einer Beseitigung von groben Mängeln - insbesondere solchen, die durch strafbare Handlungen von Verfahrensbeteiligten bewirkt wurden - und von Verletzungen grundlegender Verfahrensregeln zurücktreten.

Die Frage ist, ob den Parteien auch das Nachschieben von Alttatsachen gestattet sein muß, die für spezielle Zulässigkeitsvoraussetzungen der Berufungsinstanz von Bedeutung sind. Man wird insoweit ein Bedürfnis jedoch nicht anerkennen können. Es handelt sich um wenige und festumrissene Punkte, bei denen leicht erkennbar ist, worauf es ankommt. Außerdem geht in der Regel bereits aus der Art und Weise der Einlegung des Rechtsmittels selbst (z. B. in gehöriger Form und Frist) oder aus

1) Vgl. zum Gedanken der prozessualen Verwirkung als Motiv für Verfahrensnachteile Henckel, Prozeßrecht, S. 93 ff.

dem angefochtenen Urteil (z. B. bezügliche der Beschwer und der Statthaftigkeit) hervor, ob die Berufung zulässig ist. Soweit zusätzlicher Parteivortrag erforderlich ist (z. B. zur Frage einer Wiedereinsetzung), kann von den Parteien erwartet werden, daß sie alle erheblichen Umstände vorbringen. Bei Zweifeln wird das Gericht nach § 139 zur Ergänzung des Vortrags auffordern. Wenn es nach einer abweichenden Rechtsauffassung des Revisionsgerichts auf Tatsachen ankommen sollte, die noch nicht Gegenstand des Prozesses waren, dann können diese noch nach Aufhebung und Zurückverweisung in die erneuerte Berufungsverhandlung eingeführt werden.

cc) Besteht grundsätzlich kein berechtigtes Interesse an einer dritten Tatsacheninstanz zur Nachprüfung und Ergänzung des Tatbestands, so kann doch nachträglich ein Bedürfnis danach entstehen, daß in dem aus anderen Motiven heraus (z. B. zur Wahrung der Rechtseinheit) durchgeführten Revisionsverfahren auch Neutatsachen, also nach der letzten Berufungsverhandlung eingetretene Umstände, mit berücksichtigt werden. Nachdem sich die objektive Theorie in der Frage der Berücksichtigung nachträglicher Gesetzesänderungen durchgesetzt hat[1], erscheint es nicht mehr als mit der Aufgabe des Revisionsgerichts unvereinbar, die Richtigkeitsvermutung einer Berufungsentscheidung auf Grund veränderter Umstände zu zerstören und das Urteil aufzuheben, obwohl es zur Zeit seines Erlasses richtig war.

Ein Interesse der Parteien an der Zulassung von entscheidungserheblichen Neutatsachen besteht also, weil sich auf solche Tatsachen die Richtigkeitsvermutung der Berufungsentscheidung nicht bezieht; sie würde bei Berücksichtigung der neuen Umstände widerlegt[2], und die neue Entscheidung des Rechtsstreits könnte der veränderten Sachlage angepaßt werden und böte damit eine

1) S. oben S. 149 f.
2) Vgl. Gilles, S. 228

größere Gewähr für die Richtigkeit. Das hiernach anzuerkennende Parteiinteresse ist in aller Regel ein nachträgliches, da bei Schluß der letzten Berufungsverhandlung meist nicht abzusehen sein wird, ob sich die Sachlage in der Zukunft ändern wird, und es bezieht sich auf den Umfang, in dem ein Revisionsverfahren durchzuführen ist.

C. Anforderungen an die Qualifikation des Revisionsgerichts

Aus den vorstehenden Überlegungen ergibt sich, daß ein Revisionsgericht, welches allen berechtigten Interessen von Allgemeinheit und Parteien an der Durchführung einer dritten Instanz Rechnung tragen wollte, mit der Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen, der Verfahrenskontrolle und der Ergänzung des Tatbestands durch Neutatsachen sowie bestimmte Alttatsachen ganz unterschiedliche Aufgaben zu erfüllen hätten. Diese verschiedenen Aufgaben stellen unterschiedliche Anforderungen an die Qualifikation des die Berufungsentscheidung überprüfenden Gerichts.

1. Verfahrenskontrolle und Berücksichtigung neuer Tatsachen

Die Aufgaben der Verfahrenskontrolle und der Einarbeitung neuer Tatsachen verlangen an sich nicht das Eingreifen eines höheren und in irgendeiner Weise besser qualifizierten Gerichts. Bei Verfahrensverstößen handelt es sich in der Regel um Versehen, die keine grundsätzlichen Rechtsfragen aufwerfen[1]; es kommt bei ihnen deshalb nur darauf an, sie zu erkennen. Dazu reicht aber eine Kontrolle durch ein anderes Gericht bereits aus, ohne daß dieses Gericht notwendigerweise ein "höheres und sorgfältiger besetztes"[2] oder irgendwie mit Spezialkenntnissen ausgerüstetes sein müßte. Die einzige Bedingung, die für eine effektive Verfahrens-

1) Vgl. Bettermann, NJW 1954, S. 1308 f.; Schwinge, S. 35 f., 224
2) Vgl. Gilles, S. 182, im Anschluß an Wetzell, S. 773

kontrolle gestellt werden muß, ist die, daß sie nicht durch denselben Richter erfolgt, weil sie sonst gegebenenfalls das Eingeständnis eigener Fehler verlangt.[1] Dies trifft nicht zu bei der Berücksichtigung von Neutatsachen, die eine andere Entscheidung erforderlich machen; insoweit ist weder eine bessere oder eine höhere noch überhaupt eine andere Instanz notwendig, um die Sachlage dem neuesten Stand anzupassen.

2. Entscheidung grundsätzlicher Rechtsfragen

Daß jedoch über die rechtsgrundsätzlichen Fragen eine höhere Instanz entscheiden muß, folgt bereits aus der Forderung nach Rechtseinheit. Diese Forderung setzt einen hierarchischen, in einer einzigen Zentrale gipfelnden Instanzenzug voraus. Aus dem Bedürfnis nach Rechtseinheit allein ergibt sich aber noch nichts dafür, daß auch an die Qualität der höchsten Instanz besondere Anforderungen gestellt werden müssen. Käme es nur auf die Vereinheitlichung an, dann würde es genügen, daß alle in der Rechtsprechung kontroversen oder ungeklärten Fragen überhaupt von der Zentralinstanz entschieden würden und daß faktisch die Möglichkeit hiervon abweichender Erkenntnisse der Instanzgerichte ausgeschaltet wäre.

Wir hatten aber bereits gesehen[2], daß auch ein Interesse daran besteht, daß die zweifelhaften Rechtsfragen nach Möglichkeit richtiger beantwortet werden, als dies von den Berufungsgerichten erwartet werden kann. Es genügt beispielsweise nicht, daß sich der BGH irgendeiner von divergierenden OLG-Entscheidungen anschließt, sondern es wird von ihm auch erwartet, daß er erkennt, welche Entscheidung die richtige ist, oder wie sonst zutreffend zu entscheiden ist. Soll die Richtigkeitsvermutung in grundsätzlichen Rechtsfragen vom Revisionsgericht noch gesteigert werden, indem es Rechtsfehler aufdeckt und damit den Weg zu einer

1) Gilles, S. 182, Fußnote 80
2) Oben S. 156 ff.

von diesen Fehlern freien und deshalb vermutlich richtigeren Entscheidung bereitet, dann muß der BGH zur Lösung solcher Rechtsprobleme qualifizierter sein als die Vorinstanz. Nur dann ist gewährleistet, daß er zutreffend beurteilen kann, ob das Problem richtig gesehen und gelöst wurde, während andernfalls möglicherweise nur die eine Erkenntnis an die Stelle der anderen gesetzt wird, ohne daß die einen Rechtsfehler konstatierende Rechtsmittelentscheidung die Wahrscheinlichkeit größerer Richtigkeit für sich hat.

Soll diese besondere Richtigkeitsgarantie für die Entscheidung der Rechtsfragen und eine Überlegenheit über die den Berufungsgerichten gegebenen Möglichkeiten in der Revisionsinstanz erreicht werden, dann müssen besondere Voraussetzungen beim Revisionsgericht erfüllt sein: Es muß mit besonders qualifizierten, möglichst den besten, Richtern besetzt sein, und es muß weitgehend auf die Beschäftigung mit Rechtsfragen beschränkt bleiben, wobei die Senate auf einzelne Rechtsgebiete zu spezialisieren sind. Nur durch die ständige konzentrierte Beschäftigung mit einem Rechtsgebiet können der umfassende Überblick über eine Rechtsmaterie und über ihre Behandlung in Rechtsprechung und Wissenschaft sowie die tiefere Einsicht in die rechtlichen Zusammenhänge gewonnen und damit die Vorbedingungen dafür geschaffen werden, daß eine Rechtsfrage unter allen relevanten Gesichtspunkten betrachtet und in den Gesamtzusammenhang des betreffenden Rechtsgebiets und der ganzen Rechtsordnung richtig eingeordnet wird.

D. Zusammenfassung

Unsere Untersuchung der Interessen an einem Verfahren dritter Instanz hat ergeben, daß zwei Instanzen, so wie sie die ZPO zur Verfügung stellt, noch nicht durchweg ausreichen, sondern daß verschiedene Bedürfnisse nach Einrichtung eines übergeordneten Gerichtshofs vorhanden sind, die sich unter zwei Hauptgesichtspunk-

ten zusammenfassen lassen:

Der eine ist die Herstellung der Rechtseinheit und die Fortbildung des Rechts durch eine Zentralinstanz.

Das zweite Bedürfnis besteht darin, die durch die Berufungsentscheidungen gegebene Richtigkeitsgewähr im allgemeinen sowie im Einzelfall zu erhöhen. Zur generellen Qualitätsverbesserung der Berufungsurteile ist eine Kontrolle des zweitinstanzlichen Verfahrens nötig, und im Einzelfall besteht ein Interesse an verstärkter Richtigkeitsgarantie einmal ebenfalls in Bezug auf das - unüberprüfte und deshalb einem erstinstanzlichen gleichstehende - Verfahren der Vorinstanz und zum anderen im Hinblick auf die Entscheidung rechtsgrundsätzlicher Fragen. Dies ist bei Rechtsfragen der Fall, die noch nicht in der Rechtsprechung geklärt sind, insbesondere bei solchen, die u. U. zu einer Rechtsfortbildung Anlaß geben, sowie bei Fragen, in denen Divergenzen zwischen mehreren Oberlandesgerichten oder zwischen einem OLG und dem BGH bestehen. Es sind dies gleichzeitig gerade die Rechtsfragen, die für eine einheitliche Rechtsprechung oder eine einheitliche Rechtsfortbildung von wesentlicher Bedeutung sind, so daß die Interessen der Allgemeinheit und der Parteien an einer dritten Instanz insoweit identisch sind, als es um die Nachprüfung von Rechtsauffassungen der Oberlandesgerichte geht.

Auch durch veränderte tatsächliche Umstände kann eine Berufungsentscheidung unrichtig geworden sein, so daß ein nachträgliches Interesse daran entstehen kann, die Berufungsentscheidung durch die Berücksichtigung der neuen Tatsachen zu korrigieren; es handelt sich auch hierbei um das Bedürfnis, die Richtigkeit des bisherigen Prozeßergebnisses zu steigern.

Schließlich muß es den Parteien nach Beendigung des Berufungsverfahrens gestattet sein, die Richtigkeitsvermutung des Berufungsurteils mit Alttatsachen anzugreifen, die besonders gravierende Mängel der angefochtenen

Entscheidung bezeichnen.

Aus einem besonders hohen Streitwert allein kann dagegen noch kein Bedürfnis nach nochmaliger Überprüfung hergeleitet werden.

Um allen genannten Interessen genügen zu können, müßte das Revisionsgericht für drei Aufgaben zuständig sein und - wenn die Revisionsanträge dies verlangen - in dreifacher Weise tätig werden:

Einmal müßte es Fragen von rechtsgrundsätzlicher Bedeutung entscheiden, und diese Entscheidungen müßten, um die erforderliche erhöhte Richtigkeitsgewähr aufzuweisen, von einem gegenüber den Berufungsgerichten in Rechtsfragen höher qualifizierten Spruchkörper gefällt werden. Zweitens müßte das Revisionsgericht die Berufungsentscheidung daraufhin überprüfen, ob sie Verfahrensverstöße enthält, die für den Inhalt der Entscheidung bedeutsam sind oder sein können, Die Nachprüfung des Verfahrens ist eine generelle Kautel für die Güte der Rechtsprechung und dient damit Belangen der Allgemeinheit, und im Einzelfall hilft die Kontrolle, im Parteiinteresse Fehlurteile aufzudecken und den Rechtsstreit zutreffender zu entscheiden. Drittens hätte das Revisionsgericht ebenfalls - und hier ausschließlich - im Parteiinteresse den berufungsgerichtlichen Tatbestand um Neutatsachen zu ergänzen, die im Revisionsverfahren vorgetragen werden, sowie bestimmte Gruppen von Alttatsachen zu berücksichtigen.

Hiernach ist festzustellen, daß ein Gegensatz zwischen berechtigten Parteiinteressen und Allgemeininteressen an der Eröffnung einer dritten Instanz insoweit nicht besteht, als die Entscheidung von grundsätzlich bedeutsamen Rechtsfragen und die Kontrolle des Verfahrens auf dem Spiele stehen; beides wird in gleichem Maße sowohl von Parteiinteressen wie von öffentlichen Interessen gefordert. Ein ausschließliches Parteiinteresse besteht lediglich daran, in die revisionsgerichtliche Richtigkeitsprüfung Neutatsachen, in Sonderfällen auch Alttatsachen, einzubeziehen. Aus der Fest-

stellung, daß dieses letztere Parteiinteresse vom Gesetzgeber mit der Regelung des § 561 Abs. 1 unberücksichtigt gelassen worden ist, ist aber über den Zweck des Novenverbots noch nichts Endgültiges zu entnehmen, weil damit erst gesagt ist, welches Interesse das Novenverbot nicht anerkennt, nicht aber, welchen Interessen es zugute kommt.

Um dies zu erkennen, müssen wir prüfen, welche anderen der im Revisionsverfahren anzuerkennenden Interessen durch die Zulassung von Noven berührt würden. Da diese anderen, eventuell betroffenen Interessen gleichermaßen solche der Parteien wie der Allgemeinheit sind, kann bei der Untersuchung der gesetzlichen Interessenbewertung nicht so verfahren werden, daß ein Konflikt zwischen Parteiinteressen und Allgemeininteressen geprüft wird, sondern es ist zu fragen, ob das Revisionsgericht alle oben[1] genannten Aufgaben in vollem Umfang nebeneinander erfüllen kann, oder ob die eine nur zu Lasten anderer gelöst werden kann. Ist das der Fall, dann kann aus der gesetzlichen Regelung geschlossen werden, welcher Aufgabe das Gesetz den Vorrang eingeräumt hat und welche Interessen - sowohl der Parteien als auch der Allgemeinheit - bevorzugt befriedigt werden sollen. Damit ist dann die Grundlage gegeben, auf der die Frage beantwortet werden kann, ob und inwieweit eine Einschränkung des Novenverbots zulässig ist.

III. Das Verhältnis der Interessen zueinander und ihre Bewertung im Gesetz

1. Konflikte bei umfassender Verfahrenskontrolle und/oder Novenzulassung

a) Auf den Zusammenhang zwischen Novenzulassung und Gefährdung der Rechtseinheit haben wir bereits hingewiesen.[2] Dabei sind wir allerdings vom gegenwärtigen Rechtszustand ausgegangen, nach dem mit der Streit-

1) S. 166
2) Oben S. 116 ff.

wertrevision auch solche Sachen zum BGH gelangen, die für die Rechtseinheit nicht von Bedeutung sind. Wegen der permanenten Überlastung des BGH ist es jedoch geplant, die Streitwertrevision abzuschaffen.[1] Ob dann die Zulassung von Noven zu einer gleich starken oder sogar noch stärkeren Beanspruchung des BGH als im Augenblick führen würde, ist unerheblich; es genügt die Feststellung, daß die Verwertung neuen Vorbringens jedenfalls nicht unwesentlich die Arbeitslast vermehrt, damit eine stärkere Besetzung des Gerichts erfordert, als sie sonst nötig wäre, und deshalb eine Gefahr für die Übersichtlichkeit innerhalb der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung herbeiführt, die wiederum die Möglichkeit von Rechtsprechungsdivergenzen erhöht. Insofern besteht also ein grundsätzlicher Konflikt zwischen dem Interesse an Novenzulassung und dem Bedürfnis nach Herstellung der Rechtseinheit.

Eine Gefährdung der Rechtseinheit wegen einer durch zu starke Arbeitsbelastung herbeigeführten Überbesetzung des Revisionsgerichts besteht in noch größerem Maße, wenn eine unbegrenzte Verfahrenskontrolle stattfinden kann. Dann ist im Prinzip jede Berufungsentscheidung - zumindest hinsichtlich des Verfahrens - revisibel, und ein Zentralgericht, das die bei einer solchen Regelung anfallenden Unmengen von Revisionen in einigermaßen vertretbarer Zeit erledigen wollte, müßte einen derartigen Umfang erhalten, daß eine Koordinierung seiner Rechtsprechung unmöglich wäre.

b) Würde dem Bedürfnis nach uneingeschränkter Kontrolle des vorinstanzlichen Verfahrens oder nach Novenzulassung oder beiden zusammen stattgegeben, dann wäre ein erheblicher Teil der revisionsrichterlichen Arbeitskraft von Tätigkeiten in Anspruch genommen, die nichts mit der Anwendung von Beurteilungsnormen zu tun haben. Damit wäre aber die erhöhte Richtigkeitsgewähr nicht mehr verbürgt, die das Revisionsgericht bei der Ent-

1) S. den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Rechts der Revision etc., Bundesrats-Drucksache 2/72

scheidung rechtsgrundsätzlicher Fragen bieten muß, wenn die Überprüfung des Berufungsurteils auf seine Rechtsrichtigkeit einen Sinn haben soll. Wenn das Revisionsgericht in größerem Umfang Sachen bearbeiten muß, in denen es lediglich um Versehen der Vorinstanzen im Verfahren geht, oder in denen Rechtsfragen nur eine untergeordnete Rolle spielen, weil neue Tatsachen geprüft und festgestellt werden müssen, dann wird die Überlegenheit des Revisionsgerichts gegenüber den Berufungsgerichten aufs Spiel gesetzt. Es werden dann die Vorzüge der rechtlichen Spezialisierung und der vertieften Durchdringung der Rechtsmaterie aufgegeben. Die Tätigkeit des einzelnen Revisionsrichters wird inhaltlich in ihrem Wesen verändert und der des Berufungsrichters angeglichen.

c) Es können also nicht alle an sich beachtenswerten Interessen an der Durchführung einer dritten Instanz in gleicher Weise berücksichtigt werden. Einerseits stehen die Interessen an Verstärkung der Richtigkeitsvermutung des Berufungsurteils durch Verfahrenskontrolle und durch Anpassung an neue Umstände mit dem Bedürfnis nach Rechtseinheit in Konflikt, andererseits kollidieren aber auch die verschiedenen Interessen an Richtigkeitssteigerung selbst untereinander, indem nämlich eine erhöhte Richtigkeitsgewähr in der Entscheidung rechtsgrundsätzlicher Fragen nur zu erreichen ist, wenn auf die Korrektur im Tatsächlichen unrichtiger bzw. unrichtig gewordener Entscheidungen - jedenfalls im anhängigen Rechtsstreit - grundsätzlich verzichtet wird, und wenn keine umfassende Überprüfungsmöglichkeit des berufungsinstanzlichen Verfahrens angestrebt wird.

Uneingeschränkt gemeinsam verwirklicht werden können nur die öffentlichen Interessen an Herstellung der Rechtseinheit und einheitlicher Rechtsfortbildung auf der einen und die Parteiinteressen an erhöhter Richtigkeitsgewähr in grundsätzlichen Rechtsfragen auf der anderen Seite, weil beiden Bedürfnissen ein- und

dieselbe Tätigkeit des Revisionsgerichts, eben die Entscheidung der Rechtsfragen, zugute kommt.

Der Gesetzgeber der ZPO stand also vor der Frage, wo er einzelne Interessen zugunsten anderer einschränken sollte.

2. Die Berücksichtigung der Interessen im geltenden Revisionsrecht

Betrachten wir unser geltendes Recht, so fällt als erstes ins Auge, daß den Bedürfnisse nach Durchführung einer dritten Instanz insoweit überhaupt nicht Rechnung getragen worden ist, als gegen die Berufungsurteile der Landgerichte kein Rechtsmittel gegeben ist. Wenn wir oben[1] ausgeführt haben, daß aus einem besonders hohen Streitwert allein kein Interesse an einem Revisionsverfahren herzuleiten ist, so ist es im umgekehrten Fall doch berechtigt, bei einem verhältnismäßig geringen Objektwert ein Bedürfnis nach Verfahrensfortsetzung generell nicht anzuerkennen, auch wenn wir bisher dieses Bedürfnis allein von der Bewertung des erzielten Prozeßergebnisses her bestimmt haben. Denn die Beschwer der Parteien, die hier höchstens die Wertgrenze der amtsgerichtlichen Zuständigkeit erreichen kann, stünde in keinem Verhältnis zu dem Aufwand an Personen und Kosten, der erforderlich wäre, wenn eine Revision auch gegen landgerichtliche Berufungsurteile zugelassen würde.[2]

Wenden wir uns nun dem Revisionsrecht zu, so ist festzustellen, daß das Revisionsgericht - immer unter der Voraussetzung, daß die Parteien das Rechtsmittel auch einlegen - in allen grundsätzlich bedeutsamen Rechtsfragen Gelegenheit zur Entscheidung erhalten kann. Soweit solche Fragen in Streitsachen mit einem Streitwert von z. Z. mindestens 25.000,- DM auftreten, ist die Revision als Streitwertrevision ohne weiteres zu-

1) S. 155
2) Vgl. Kommissionsbericht, S. 153, 135 f.

lässig[1], und in anderen Sachen kann die Revision vom OLG zugelassen werden, wenn die Sache grundsätzliche Bedeutung hat[2]; insbesondere muß sie zugelassen werden, wenn das OLG von einer Entscheidung des BGH abweicht.[3]

Beim BGH sind derzeit auch die Voraussetzungen dafür gegeben, daß mit der Entscheidung rechtsgrundsätzlicher Fragen die Rechtsprechungseinheit gefördert wird; die Gefahr, daß wegen zu großer Besetzung des Gerichts Divergenzen in der Rechtsprechung bestehen bleiben und der Ausgleichsmechanismus des § 137 GVG nicht mehr funktioniert, ist offenbar noch nicht akut geworden. Der BGH ist ferner ganz überwiegend mit der Behandlung von Rechtsfragen betraut, von denen ein wesentlicher Teil grundsätzliche Bedeutung hat.[4] Die Senate des BGH sind auf einzelne Rechtsgebiete spezialisiert.[5] Es sind also die oben[6] genannten Bedingungen dafür erfüllt, daß die Entscheidungen des Revisionsgerichts eine gegenüber den Berufungsurteilen erhöhte Richtigkeitsgewähr bieten. Daß diese besondere Richtigkeitsgewähr tatsächlich auch erreicht wird, darf man aus dem Ansehen schließen, das die BGH-Rechtsprechung bei den Instanzgerichten und in der Literatur genießt.

Dadurch, daß der BGH die Aufgabe, grundsätzliche Rechtsfragen mit erhöhter Richtigkeitsgarantie zu entscheiden,

---

1) § 546 Abs. 1 in Verbindung mit dem Gesetz zur Entlastung des BGH in Zivilsachen vom 15. 8. 1969 (BGBl. I, S. 1141), verlängert durch Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Entlastung des BGH in Zivilsachen vom 7. 8. 1972 (BGBl. I, S. 1383)
2) § 546 Abs. 2 S. 1
3) § 546 Abs. 2 S. 2
4) Vgl. Kommissionsbericht, S. 156 mit Fußnote 1, wonach 1954/55 51,3 % der BGH-Urteile (1960: rund 41 %) grundsätzliche Bedeutung hatten. Die Zahl für 1960 wird nach den in die Amtliche Sammlung bzw. das Nachschlagewerk des BGH aufgenommenen Entscheidungen bestimmt. Auch Pohle geht (S. 24) von 40 - 50 % Revisionen mit grundsätzlicher Bedeutung aus.
5) S. dazu den Geschäftsverteilungsplan des BGH für das Geschäftsjahr 1971, veröffentlicht in der Beilage zum Bundesanzeiger Nr. 52 vom 17. 3. 1971
6) S. 163 f.

in vollem Umfang wahrnehmen kann, sind nach dem geltenden Rechtszustand die Interessen der Allgemeinheit an Bewahrung der Rechtseinheit und die Parteiinteressen an Verbesserung der Berufungsentscheidungen in Rechtsfragen weitgehend berücksichtigt. Auch dem Interesse an einer Nachprüfung der Entscheidung über die Zulässigkeit der Berufung ist uneingeschränkt Rechnung getragen worden; unter diesem Gesichtspunkt ist jedes Berufungsurteil revisibel (§ 547).

Die Bedürfnisse nach Kontrolle des Berufungsverfahrens werden dagegen nur teilweise befriedigt, und zwar nur insoweit, als es voraussichtlich (bei der Zulassungsrevision) oder wenigstens möglicherweise (bei der Streitwertrevision) gleichzeitig zu der Entscheidung grundsätzlicher Rechtsfragen kommt. Eine selbständige Revisionszulässigkeit allein wegen Verfahrensmängeln kennt die ZPO nicht, selbst wenn es sich um besonders gravierende Fehler handelt; nur in einzelnen Fällen steht zur Abhilfe ein besonderes Verfahren (§ 579) zur Verfügung. Angesichts der Tatsache, daß eine umfassende Verfahrenskontrolle auf Kosten der Rechtseinheit und der besonderen Richtigkeitsgewähr gehen würde, erscheint die revisionsrechtliche Regelung hier als akzeptabler Kompromiß, weil bereits durch die Möglichkeit einer Verfahrenskontrolle in bestimmten Fällen die Güte der Berufungsurteile und ihre Richtigkeitsgewähr generell verbessert wird.[1] Wenn vom Verfahren der Berufungsgerichte immer wieder gewissermaßen "Stichproben" genommen werden, dürfte in ausreichendem Maße gewährleistet sein, daß sich keine grundsätzlichen Verfahrensfehler verfestigen; wenn einem OLG vom BGH attestiert wird, daß es bestimmte Verfahrensvorschriften

1) Vgl. in diesem Zusammenhang Alsberg, S. 478: "Das Rechtsmittel der Revision ist ein Rechtsmittel, das weniger durch seine Anwendung im Einzelfalle wirkt als durch die Tatsache, daß es überhaupt existiert."

fehlerhaft anwendet, dann ist zu erwarten, daß diese Fehler für die Zukunft vermieden werden. Freilich ist nicht ganz zu vermeiden, daß einzelne Verfahrensfehler in nichtrevisiblen Sachen unbeanstandet bleiben, ebenso wie dies bei sonstigen "einfachen" Rechtsanwendungsfehlern ohne grundsätzliche Bedeutung der Fall ist.

Die Parteiinteressen an der Einführung von Noven in das Revisionsverfahren schließlich sind gänzlich unberücksichtigt geblieben (§ 561 Abs. 1). Es ist zu fragen, welche Wertungen dieser abgestuften Berücksichtigung der von uns für beachtenswert gehaltenen Interessen zugrunde liegen, und ob diese angemessen sind.

3. Die dem Novenverbot zugrundeliegenden Wertungen und ihre Berechtigung

a) Vergegenwärtigt man sich einerseits den bei einer Novenzulassung entstehenden Konflikt mit den Interessen an Herstellung der Rechtseinheit und an erhöhter Richtigkeitsgewähr in Rechtsfragen, und andererseits die Behandlung des Konflikts im Gesetz, so muß man zu dem Schluß kommen, daß das Bedürfnis nach neuem Vorbringen hinter den genannten beiden anderen Interessen zurückzutreten hat, um ihre Realisierung nicht zu gefährden.

Das Revisionsgericht wird also nicht tätig, soweit allein ein Parteiinteresse besteht, sondern es erfüllt nur Aufgaben, die gleichzeitig den Interessen der Parteien wie denen der Allgemeinheit dienen, und zwar bevorzugt und uneingeschränkt solche Aufgaben, an denen sich seine besondere Qualifikation und seine Überlegenheit gegenüber den Instanzgerichten entfalten kann. Dies geschieht bei der Entscheidung von Rechtsfragen, die mit einiger Sicherheit (Zulassungsrevision) oder möglicherweise (Streitwertrevision) deshalb von grundsätzlicher Bedeutung sind, weil sie in der Rechtsprechung überhaupt noch nicht geklärt oder wieder klärungsbedürftig geworden sind, oder die innerhalb ver-

schiedener Obergerichte streitig geworden sind. Wesentliche Zwecke des § 561 Abs. 1 sind also, die Rechtseinheit und die einheitliche Rechtsfortbildung zu ermöglichen und zu fördern, und gleichzeitig durch die Entscheidung grundsätzlich bedeutsamer Rechtsfragen die insoweit noch nicht ausreichende Richtigkeitsgewähr der Berufungsurteile im Parteiinteresse zu verbessern.

Das Novenverbot ist hiernach einmal deshalb gerechtfertigt, weil es den Weg zur Erfüllung von Aufgaben freimacht, an denen weitergehende Interessen bestehen als an der Novenzulassung. Es entspricht aber damit auch einem Gebot der Effektivität. Damit ist hier[1] folgendes gemeint: Wenn der Staat in Gestalt des Revisionsgerichts einen hochqualifizierten und innerhalb seiner Abteilungen auf bestimmte Rechtsgebiete spezialisierten Apparat zur Verfügung stellt, dann erscheint es geboten, einen solchen Spruchkörper nach Möglichkeit nur dort und insoweit einzusetzen, als seine besondere Qualifikation auch in Anspruch genommen wird, und ihn nicht in größerem Umfang mit Aufgaben zu belasten, die auch von anderen Gerichten wahrgenommen werden könnten und deren Erfüllung überdies, wie es beim Revisionsgericht der Fall ist, die Qualität seiner Rechtsprechung insgesamt beeinträchtigen und die Gefahr von Divergenzen innerhalb des höchsten Gerichtshofes herbeiführen würde.

b) In Erfüllung des soeben genannten Effektivitätsgebots verweist das Revisionsgericht Neutatsachen in ein zweites Verfahren, nämlich in einen zweiten Prozeß oder in das Verfahren der Vollstreckungsgegenklage. Zur Ergänzung des nachträglich unrichtig gewordenen Tatbestands bedarf es nicht der besonderen Qualifikation des Revisionsgerichts. Es erscheint daher ange-

1) Unter Effektivität im Verfahrensrecht wird auch die Effektivität des Rechtsschutzes überhaupt verstanden, die sich in verbindlicher Streitentscheidung äußert. S. dazu Gilles, S. 244 ff.

messen, das Interesse der Parteien an der Zulassung von Neutatsachen während des Revisionsverfahrens einstweilen zurückzustellen und die - nicht durch die Rechtskraft des Revisionsurteils präkludierten[1] - Neutatsachen von einem Instanzgericht würdigen zu lassen. Der vom Gesetz gewählte Weg ist der einzig mögliche, um die Parteiinteressen an Richtigkeitssteigerung der Berufungsurteile in Bezug sowohl auf grundsätzliche Rechtsfragen als auch auf nachträgliche Sachverhaltsänderungen überhaupt nebeneinander zu verwirklichen. Würde das letztgenannte Interesse an Novenzulassung bereits im Revisionsverfahren des anhängigen Prozesses berücksichtigt, dann wäre die Befriedigung des ersteren ganz in Frage gestellt und gleichzeitig auch die Rechtseinheit gefährdet.

c) Wir haben gesehen[2], daß grundsätzlich kein Bedürfnis der Parteien daran anzuerkennen ist, den Vortrag von Alttatsachen noch im Revisionsverfahren nachzuholen. So wertet auch das Gesetz, indem es die Berücksichtigung solcher Tatsachen weder im Revisionsverfahren noch in einem späteren Prozeß zuläßt. Neben den genannten[3] allgemeinen Zielen erhält das Novenverbot hierdurch eine zusätzliche Bedeutung.

Man kann den endgültigen Ausschluß von Alttatsachen nämlich nicht in der Weise "zerlegen", daß man ihn bis zum Ende der Revisionsinstanz mit der Nichtzulassung von Neutatsachen gleichstellt und ihn deshalb auch nur mit den für die letzteren herausgearbeiteten Gesichtspunkten erklärt, und daß man nach Erlaß des Revisionsurteils nach Gründen für die endgültige Präklusion forscht. Es steht vielmehr bereits im Zeitpunkt der letzten Berufungsverhandlung fest, daß grundsätzlich alle bis dahin nicht vorgebrachten Tatsachen, die sich auf den abgeurteilten Streitgegenstand beziehen, für immer unberücksichtigt bleiben müssen. Deshalb ist

1) S. dazu Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 322, Anm. X; Grunsky, Grundlagen, S. 441 ff.
2) Oben S. 159 f.
3) S. oben S. 173 f.

auch bereits in diesem Augenblick nach den Zwecken des endgültigen Ausschlusses zu fragen.[1] Ob der Ausschluß zunächst nur innerprozessual wirkt, weil sich ein Revisionsverfahren anschließt, spielt dabei ebensowenig eine Rolle wie der Umstand, daß aus spezifisch revisionsrechtlichen Gründen unabhängig von der außerprozessualen eine innerprozessuale Präklusion[2] geboten ist. Soweit also das Novenverbot Alttatsachen betrifft, dient es nicht nur den im Revisionsverfahren mit einer Novenzulassung kollidierenden Interessen, sondern daneben ebenso den Zwecken, die die Tatsachenpräklusion nach Abschluß des Verfahrens verfolgt. Wir müssen also fragen, warum nach Rechtskrafteintritt keine Tatsachen in einem zweiten Prozeß verwertet werden dürfen, die schon während des ersten Verfahrens bestanden.

Dies ist deshalb der Fall, weil die Parteien ihre Bindung an das rechtskräftige Urteil nicht mit der Behauptung sollen unterlaufen können, daß der dem Urteil zugrunde gelegte Sachverhalt unrichtig gewesen sei[3]; die Feststellung des Sachverhalts muß deshalb unangreifbar sein, weil andernfalls die materielle Rechtskraft der Entscheidung beseitigt werden könnte. Findet eine endgültige Präklusion von Tatsachen schon vor Eintritt der Rechtskraft statt, und wird damit ein Teil des Urteils, nämlich dessen Tatbestand, schon früher unangreifbar, so werden die Ziele der Rechtskraft insoweit schon früher erreicht.

Welches die Zwecke der Rechtskraft sind, ist im einzelnen streitig, was auch nicht verwundern darf, wenn man

---

1) Ob diese Präklusion eine Folge der Rechtskraft ist (so die h. M.; vgl. die Nachweise bei Grunsky, Grundlagen, S. 443, Fußn. 86) oder eine besondere Urteilswirkung darstellt (so insbesondere Habscheid, S. 291 ff.), kann hier offen bleiben.

2) Zu inner- und außerprozessualer Präklusion s. näher Otto, S. 33 ff., 65 ff. Otto definiert die innerprozessuale Präklusion als Einschränkung prozessualer Befugnisse innerhalb eines Prozesses infolge von Verfahrenseinschnitten (S. 33), während außerprozessuale Präklusion die Einschränkung prozessualer Befugnisse in einem Folgeprozeß ist (S. 65)

3) Vgl. Henckel, Prozeßrecht, S. 150

sich auf den Zusammenhang zwischen Rechtskraft und Prozeßzweck und auf den Streit über den letzteren besinnt.[1] Wie bei der Frage nach dem Prozeßzweck werden auch hier zwei Richtungen vertreten, die sich danach unterscheiden, ob sie dem öffentlichen Interesse an der Beendigung des Rechtsstreits und der Herstellung des Rechtsfriedens[2] oder dem Interesse der Parteien am Bestand der erstrittenen Rechtsposition[3] den Vorrang einräumen. Wir brauchen zu dieser Frage hier nicht abschließend Stellung zu nehmen, sondern dürfen uns auf die Feststellung beschränken, daß nach dem heutigen Meinungsstand sowohl allgemeine wie private Interessen zur Motivation der Rechtskraft herangezogen werden können.[4] Auf die Bedeutung des Novenverbots bezogen heißt das, daß es, soweit es Alttatsachen präkludiert, auch der Herstellung des Rechtsfriedens dient, indem es den Streit über den berufungsgerichtlichen Sachverhalt endgültig beendet, und daß es die Parteien davor schützt, in ihren bisher errungenen Rechtspositionen durch Alttatsachen beeinträchtigt zu werden. Wer meint, daß nur einer der beiden genannten Gesichtspunkte zur Erklärung der Rechtskraft herangezogen werden kann, der muß die entsprechende Konsequenz für das Verständnis des Novenverbots ziehen, soweit es Alttatsachen betrifft.

d) Nicht endgültig präkludiert sind Alttatsachen dann, wenn mit ihnen bestimmte schwere Mängel des Berufungsurteils oder des Berufungsverfahrens geltend gemacht werden sollen. Der Gesetzgeber hat bestimmte Fälle anerkannt, in denen der Rechtsfrieden und der Schutz des Gegners hinter dem Streben nach dem richtigen Urteil zurücktreten müssen, weil ein Verfahrens- oder Rechts-

1) S. dazu oben S. 134, Fußnote 1-6
2) So Rosenberg-Schwab, § 52, I; Gaul, Grundlagen des Wiederaufnahmerechts, S. 48 f.
3) So Henckel, Prozeßrecht, S. 96 ff.; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 322, Anm. III, 4
4) Auf beide Gesichtspunkte nebeneinander ohne eine Rangfolge stellt Grunsky, Grundlagen, S. 421 f., ab.

findungsmangel in besonderem Maße offenkundig ist (§ 580)[1], oder weil wichtigste verfahrensrechtliche Garantien, rechtsstaatliche Mindesterfordernisse, nicht gegeben waren (§ 579).[2] Die obsiegende Partei kann unter derartigen Umständen nicht geschützt werden, weil die Rechtsausübung im Prozeß nur schutzwürdige Positionen begründen kann, wenn die eben erwähnten Verfahrensgarantien vorhanden waren.[3] Dem Gegner ist die Bindung an das Prozeßergebnis nicht zuzumuten, wenn dieses durch Umstände unrichtig geworden ist, die außerhalb seiner Einfluß- und Verantwortungssphäre liegen (§ 580 Z. 1-5), oder wenn er in seinen Verantwortungsbereich fallende besonders wesentliche Umstände (§ 580 Nr. 6 und 7) schuldlos (vgl. § 582) nicht vorbringen konnte.

In den Fällen des § 579 Abs. 1 Z. 1-3 können die den wesentlichen Verfahrensmangel ergebenden Tatsachen bereits im Revisionsverfahren geltend gemacht werden, weil es sich insoweit um eine Verletzung verfahrensleitender Vorschriften handelt, deren Rüge nach § 561 Abs. 1 S. 2 in Verbindung mit § 554 Abs. 3 Z. 2 b mit neuen Tatsachen begründet werden muß; das ist deshalb unabweislich, weil sonst das Vorliegen des Verfahrensmangels nicht beurteilt werden könnte.

Im übrigen hat aber der Gesetzgeber das Bedürfnis nach Verwertung der Alttatsachen in den genannten Fällen nicht bereits im Revisionsverfahren des anhängigen Prozesses berücksichtigt, sondern es mit der Verweisung der Parteien auf ein Anhangverfahren gleich dem Interesse an der Einführung von Neutatsachen bewertet und damit auch insoweit den Vorrang von Rechtseinheit und erhöhter Richtigkeitsgewähr zum Ausdruck gebracht und dem Effektivitätsgedanken Rechnung getragen. Der Aus-

1) In der offenkundigen Unrichtigkeit der Urteilsgrundlagen sieht Gaul (Grundlagen des Wiederaufnahmerechts, S. 83) das allgemeine Restitutionsprinzip
2) Vgl. Henckel, Prozeßrecht, S. 98 f.
3) Henckel, Prozeßrecht, S. 98
4) Henckel, Prozeßrecht, S. 99 ff.

schluß der Wiederaufnahmetatsachen aus dem Revisionsverfahren ist aus den gleichen Gründen wie der von Neutatsachen gerechtfertigt, weil er die Möglichkeit eröffnet, das Parteiinteresse an Novenzulassung in einer Weise zu berücksichtigen, die die Interessen an möglichst uneingeschränkter Konzentration auf die Entscheidung grundsätzlicher Rechtsfragen nicht berührt.

Das Interesse am Vortrag von Wiederaufnahmetatsachen bereits im Revisionsverfahren ist auch von dem an der Einführung von Neutatsachen nicht grundsätzlich verschieden: Das Bedürfnis, nicht auf Grund eines Sachverhalts verurteilt zu werden, der von Anfang an nicht der Wirklichkeit entsprach, oder für dessen ordnungsgemäße Gewinnung nicht die erforderlichen Voraussetzungen vorlagen, steht dem Bedürfnis gleich, nicht auf später unrichtig gewordener Tatsachenbasis zu unterliegen. In beiden Fällen geht es darum, kein Fehlurteil hinnehmen zu müssen.

IV. Zusammenfassung: Die Zwecke des Novenverbots

1. Garantie erhöhter Richtigkeit der Revisionsentscheidungen in Rechtsfragen

Ein erster Zweck des Novenverbots ist es zu gewährleisten, daß das Revisionsgericht Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung mit größerer Richtigkeitsgarantie entscheidet als die Instanzgerichte dies vermögen, und damit die Richtigkeitsgarantie der Berufungsentscheidungen zu steigern. In grundsätzlichen Rechtsfragen ist die Gewähr für die Richtigkeit der Entscheidung, welche die Berufungsgerichte bieten, noch nicht ausreichend. Eine Verbesserung, nach der die Parteien ein Bedürfnis haben, ist aber nur dann zu erwarten, wenn das Revisionsgericht sich weitgehend auf die Entscheidung von Rechtsfragen konzentrieren und spezialisieren kann. Diesem Ziel dient das Novenverbot: Es hält das Revisionsgericht von Tätigkeiten frei, die die Revisionsrichter zu einem erhebli-

chen Teil ihrer Arbeitskraft von der Beschäftigung mit Rechtsfragen abhalten.

Soweit Parteiinteressen anzuerkennen sind, die Richtigkeitsgewähr der Berufungsentscheidungen auch durch Zulassung neuer Tatsachen zu erhöhen, kann die Verbesserung des bisherigen Prozeßergebnisses auch den Instanzgerichten überlassen werden. So werden Neutatsachen und Wiederaufnahmetatsachen durch das Novenverbot nur aus dem Revisionsverfahren ferngehalten, können aber in späteren Verfahren noch verwertet werden. Damit ist allerdings die Gefahr gegeben, daß die besondere Richtigkeitsgewähr der Revisionsentscheidung im Einzelfall ins Leere geht, weil sie auf einer unzureichenden oder überholten Tatsachenbasis aufbaut, die dann später erschüttert wird. Diese Gefahr muß jedoch in Kauf genommen werden; wollte man sie ausschalten und deshalb das Novenverbot entfallen lassen, dann könnte das Parteiinteresse an erhöhter Richtigkeitsgarantie in Rechtsfragen nicht befriedigt werden.

2. Effektivitätsgarantie

Dadurch, daß das Novenverbot das Revisionsgericht von Tätigkeiten entlastet, die von anderen Gerichten ebenso gut wahrgenommen werden können, trägt es dazu bei, die höchste Instanz nur insoweit einzusetzen, als ihre Überlegenheit gegenüber den Instanzgerichten zum Tragen kommt. Das Novenverbot ist somit eine wesentliche Garantie dafür, daß die besondere Qualifikation und Spezialisierung des höchsten Gerichtshofs nicht leerläuft, sondern möglichst effektiv genutzt wird. Dies ist auch deshalb von besonderer Bedeutung, weil nur die möglichst effektive Inanspruchnahme des BGH auf die Dauer die Qualität seiner Rechtsprechung sichert.

3. Herstellung der Rechtseinheit

Die durch das Novenverbot bewirkte Entlastung des BGH von Tätigkeiten, die keinesfalls zur Klärung grundsätz-

licher Rechtsfragen beitragen können, hat zwei Aspekte. Einerseits ist der bereits genannte qualitative Effekt der Konzentration und Spezialisierung zu beachten, der die erforderliche besondere Garantie für die Richtigkeit verbürgt, andererseits ist aber auch der quantitative Gesichtspunkt wesentlich, daß dem Revisionsgericht nicht soviel Arbeit aufgebürdet werden darf, daß es einen nicht mehr übersehbaren Umfang annehmen muß. Unter diesem letzteren Aspekt dient das Novenverbot dem Interesse an einer Vereinheitlichung der Rechtsprechung durch das Revisionsgericht, indem es dazu beiträgt, daß dieses Ziel nicht durch die Möglichkeit von Rechtsprechungsdivergenzen innerhalb eines überdimensionierten Revisionsgerichts gefährdet wird.

4. Herstellung des Rechtsfriedens

Die vorstehend erläuterten drei Zwecke des Novenverbots werden mit dem Ausschluß aller Arten von neuen Tatsachen aus dem Revisionsverfahren in gleicher Weise verfolgt. Aus dem Umstand, daß Alttatsachen nicht nur innerprozessual, sondern endgültig präkludiert werden, soweit auf sie nicht ein Wiederaufnahmeverfahren gestützt werden kann, ergeben sich zwei zusätzliche Funktionen des Novenverbots. Deren erste ist die Herstellung des Rechtsfriedens insofern, als der Streit darüber ein für allemal abgeschnitten wird, ob der berufungsgerichtliche Tatbestand seinerzeit der wahren Sachlage entsprach.

5. Schutz bereits erstrittener Rechtspositionen

Zum anderen werden durch die grundsätzlich endgültige Präklusion von Alttatsachen die bis zum Abschluß der zweiten Instanz errungenen Rechtspositionen der Parteien insoweit geschützt, als die Richtigkeitsvermutung des Berufungsurteils nicht mit einer Veränderung seines Tatbestands durch Alttatsachen erschüttert werden kann.

4. Teil:

Möglichkeiten einer Einschränkung des Novenverbots

I. Allgemeine Voraussetzungen

Nachdem wir die Zwecke des Novenverbots dargestellt haben, ist die Grundlage gegeben, auf der geprüft werden kann, ob es zulässig ist, das Novenverbot einzuschränken. Dies ist nur in einem solchen Umfang möglich, durch den keines der Ziele des § 561 Abs. 1 gefährdet wird.

Prozeßwirtschaftlichkeit und Billigkeit im Einzelfall sind - um es noch einmal[1] zu betonen - keine geeigneten Kriterien, die eine Novenzulassung rechtfertigen könnten. Sie verstellen den Blick auf die Wertungen, die hinter dem Novenverbot stehen. Durch dieses hat es das Gesetz bewußt in Kauf genommen, daß die Parteiinteressen an einer Novenzulassung vorerst zugunsten anderer Zwecke zurückgestellt werden, und daß zu ihrer Befriedigung gegebenenfalls ein zweites Verfahren in Anspruch genommen werden muß. Ebenfalls hingenommen hat das Gesetz die Möglichkeit, daß der Ausschluß von Neu- und Wiederaufnahmetatsachen zu einem unrichtigen Revisionsurteil führt, daß also an die Stelle einer rechtsfehlerhaften Berufungsentscheidung ein Urteil tritt, das auf überholter oder noch angreifbarer Tatsachengrundlage steht. Diese Wertungen dürfen nicht durch so allgemeine und letztlich unbestimmte Postulate wie die von Prozeßökonomie und Billigkeit aus den Angeln gehoben werden, und zwar auch nicht in Einzelfällen. Denn es würden sich, wenn man Noven nach der jeweiligen besonderen Sachlage von Fall zu Fall zuließe, diese Einzelfälle derart summieren können, daß gerade die Gefahren für die Rechtseinheit und für die besondere Qualifikation des Revisionsgerichts akut

---

1) S. dazu bereits oben S. 5 ff.

würden, denen § 561 Abs. 1 vorbeugen will.

Wenn überhaupt, dann kann eine Einschränkung des § 561 Abs. 1 nur auf Grund eines allgemeinen Prinzips befürwortet werden, dessen Anwendung garantiert, daß die Auswirkungen der Berücksichtigung neuer Tatsachen insgesamt nicht die Ziele des Novenverbots in Frage stellen. Nach den Ausführungen des 3. Teils unserer Untersuchung sind diese Ziele nur dann zu erreichen, wenn die Zulassung von Noven im Einzelfall und damit auch in der Summe der Fälle keinen wesentlichen Anteil an dem für die revisionsrichterliche Entscheidung erforderlichen Arbeitsaufwand einnimmt; das andernfalls eintretende Mehr an Arbeit würde ebenso den Zwecken des Novenverbots zuwiderlaufen wie die qualitative Veränderung der revisionsrichterlichen Tätigkeit, die durch eine wesentlich verstärkte Beschäftigung mit Tatfragen bewirkt würde, und die auf Kosten der rechtlichen Spezialisierung ginge.

II. Zulässige Einschränkungen im materiell-rechtlichen Bereich und bei den Wiederaufnahmegründen

1. Nichtbeweisbedürftige Tatsachen

Die Ansicht, daß nichtbeweisbedürftige Tatsachen zuzulassen seien[1], geht von dem richtigen Ausgangspunkt aus, indem sie darauf abstellt, daß das Revisionsgericht nicht wesentlich mit zusätzlicher Arbeit belastet werden darf, wenn die Rechtseinheit nicht Schaden nehmen soll. Daß die Berücksichtigung unstreitiger oder offenkundiger Tatsachen im ganzen keine praktisch erhebliche Mehrarbeit verursacht, haben wir bereits festgestellt.[2]

Der Gesichtspunkt, daß durch eine spürbare Belastung mit Tatsachenfeststellungen auch qualitative Veränderungen hervorgerufen werden, die auf die Güte der

1) S. oben S. 39, Fußnote 6, und S. 111 ff.
2) Oben S. 120 f.

Rechtsprechung in Rechtsfragen Einfluß haben können, ist bisher noch nicht beachtet worden. Auch unter diesem Aspekt ist aber die Zulassung nichtbeweisbedürftiger Noven möglich, da eine nennenswerte Veränderung der revisionsrichterlichen Tätigkeit auch in qualitativer Hinsicht nicht zu erwarten sind, wenn keine erhebliche Mehrarbeit anfällt.

Soweit es sich um Neu- oder Wiederaufnahmetatsachen handelt, ist ihre Zulassung auch nicht im Hinblick auf die Sicherung des Rechtsfriedens und den Parteienschutz bedenklich, denn diese Tatsachen könnten in späteren Verfahren ohnehin verwertet werden. Dagegen kann die endgültige Präklusion von Alttatsachen auch dann nicht aufgehoben werden, wenn sie nicht beweisbedürftig sind. Man könnte zwar meinen, daß der Gegner dann, wenn er Tatsachen zugestehe, zu erkennen gebe, daß er auf den Schutz einer etwa bereits errungenen Rechtsposition insoweit verzichte, und was die Herstellung des Rechtsfriedens betreffe, so sei dieser vor der rechtskräftigen Entscheidung durch das Revisionsgericht sowieso noch nicht eingetreten, so daß in einem aus anderen Gründen durchgeführten Revisionsverfahren auch unstreitige Alttatsachen berücksichtigt werden könnten, ohne daß die Zwecke des Novenverbots dem entgegenstünden.

Auch wenn man einer derartigen Argumentation folgte, so könnte man unstreitige Alttatsachen nur zulassen, wenn noch anderweitige Revisionsangriffe gegen das Berufungsurteil geführt werden. Denn wollte man den Parteien gestatten, die dritte Instanz nur deshalb anzurufen, weil ihnen nach Erlaß der Berufungsentscheidung noch Alttatsachen bekannt wurden und sie annahmen, der Gegner werde sie zugestehen, dann würde wegen des Vorbringens dieser Tatsachen der Eintritt der Rechtskraft und damit des Rechtsfriedens verzögert und eine Absicht des § 561 Abs. 1 durchkreuzt. Nach geltendem Recht wäre es auch nicht möglich, eine Revision allein auf neue Tatsachen zu stützen, da

eine Gesetzesverletzung gerügt werden muß. Aber auch wenn man unstreitige Alttatsachen nur bei einem auf andere Gründe gestützten Revisionsangriff zulassen würde, bestünde die Gefahr, daß gerade wegen dieser Möglichkeit die Erledigung des Rechtsstreits verzögert würde. Denn die Parteien könnten in Versuchung geführt werden, nicht vorhandene Gesetzesverletzungen als Revisionsgründe vorzuschreiben, nur um die dritte Instanz zu erreichen und die Möglichkeit zu erhalten, den Tatbestand des Berufungsurteils mit Alttatsachen anzugreifen in der Hoffnung, der Gegner werde sie nicht bestreiten.

Die Berücksichtigung auch nicht bestrittener Alttatsachen im Revisionsverfahren könnte also die Gefahr herbeiführen, daß Revisionen eingelegt werden, die sonst unterblieben wären, allein mit dem Ziel, die Präklusion zu vermeiden; die Einschränkung des Novenverbots könnte dann in solchen - wenn auch wohl seltenen - Fällen ein Hinausschieben der Rechtskraft des Berufungsurteils zur Folge haben, was der Rechtsfriedensfunktion des § 561 Abs. 1 zuwiderliefe. Soweit nicht Wiederaufnahmegründe in Frage stehen, hat also Grunsky Recht[1], wenn er Alttatsachen auch dann für endgültig präkludiert hält, wenn sie nicht beweisbedürftig sind.

Steht fest, daß die Berücksichtigung nichtbeweisbedürftiger Neu- und Wiederaufnahmetatsachen die Zwecke des Novenverbots nicht gefährdet, dann ist sie nicht nur zulässig und nach dem Ermessen des Revisionsgerichts möglich[2], sondern sie ist zwingend geboten, und zwar aus folgendem Grund:

Wir haben ausgeführt[3], daß es u. a. wegen der erhöh-

1) Stein-Jonas-Grunsky, § 561, Anm. II, 2 g
2) So aber grundsätzlich Mattern, JZ 1963, S. 652 f., 655, mit Ausnahme von solchen Tatsachen, die zulässige neue Sachanträge begründen sollen, oder deren Vortrag infolge einer Gesetzesänderung erforderlich wird.
3) Oben S. 180

ten Richtigkeitsgewähr in Rechtsfragen in Kauf genommen werden muß, daß die in rechtlicher Hinsicht von besonderer fachlicher Autorität getragene Entscheidung des Revisionsgerichts ins Leere geht und für den Einzelfall wertlos ist, weil die tatsächliche Grundlage der Entscheidung unrichtig oder angreifbar ist. Müßte das Revisionsgericht aufklären, ob eine behauptete nachträgliche Veränderung der Sachlage tatsächlich eingetreten ist, dann wäre jenes Ziel größtmöglicher Richtigkeitsgarantie nicht zu erreichen. Stehen aber entscheidungserhebliche Neutatsachen oder Wiederaufnahmetatsachen bereits fest, ohne daß es einer Beweisaufnahme bedürfte, und berücksichtigt das Revisionsgericht sie dennoch nicht, dann ist seine Entscheidung des Falles evident unrichtig, mag die Behandlung der durch den bisherigen Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen selbst auch noch so zutreffend sein. Es besteht dann nicht nur die Möglichkeit, daß die Berufungsentscheidung trotz der besonderen Qualifikation des BGH nicht verbessert wird, sondern diese Möglichkeit ist zur Gewißheit geworden. Die strikte Anwendung einer Vorschrift, die wie § 561 Abs. 1 u. a. eine besonders hohe Richtigkeit der Entscheidung garantieren will, darf nicht dazu führen, daß das Gericht eine offenkundig unrichtige Entscheidung erlassen muß. Wo eine entscheidungserhebliche Veränderung der Sachlage feststeht, oder wo der Tatbestand des angefochtenen Urteils auf offensichtlich unzureichender Grundlage aufbaut, dort muß das Novenverbot eingeschränkt und müssen die nichtbeweisbedürftigen Umstände beachtet werden, weil andere Ziele des Novenverbots dadurch nicht gefährdet werden.

2. Durch die volle Beweiskraft vorgelegter Urkunden bewiesene Tatsachen

Die für die Berücksichtigung von nichtbeweisbedürftigen Tatsachen geltend gemachten Argumente treffen in gleicher Weise zu, wenn Neu- oder Wiederaufnahme-

tatsachen durch die volle Beweiskraft von Urkunden bewiesen werden, welche die beweisbelastete Partei im Revisionsverfahren vorlegt. Im Bereich der vollen oder formellen Beweiskraft, den die §§ 415-418 sowohl für öffentliche wie für private Urkunden abstecken, ist die freie Beweiswürdigung ausgeschlossen.[1] Das Gericht hat also - sofern die Urkunde keine äußerlichen Mängel aufweist (§ 419), sofern kein Gegenbeweis zulässig und geführt oder die Echtheit (für die bei inländischen öffentlichen Urkunden eine Vermutung spricht, § 437) nicht erschüttert ist - ohne weiteres davon auszugehen, daß die in der Privaturkunde enthaltene Erklärung von dem Aussteller abgegeben worden ist (§ 416), daß der amtlich beurkundete Vorgang stattgefunden hat (§ 415), daß die aus der Urkunde hervorgehende amtliche Anordnung, Verfügung oder Entscheidung erlassen wurd (§ 417), oder daß sonstige in einer öffentlichen Urkunde bezeugte Tatsachen der Wahrheit entsprechen (§ 418). Weil in diesem Umfang der vollen Beweiskraft das Gericht von der Existenz der fraglichen Tatsachen ausgehen muß, ist es geboten, Tatsachen, die im Revisionsverfahren durch die formelle Beweiskraft von Urkunden bewiesen werden, wie unstreitige Tatsachen zu behandeln.

Der Beweis wird durch Vorlage der Urkunde angetreten (§ 420), so daß für das Gericht keine nennenswerte Mehrarbeit, etwa durch die Abhaltung eines besonderen Beweistermins, und damit keine Ablenkung von seinen wesentlichen Aufgaben verursacht wird. Das Gericht braucht lediglich die Urkunde zu lesen und wird dies in aller Regel auch bereits im Zusammenhang mit dem Studium der Schriftsätze tun, denen die Urkunden normalerweise beigefügt werden. Wenn durch eine vorgelegte Urkunde voller Beweis für eine entscheidungserhebliche Tatsache erbracht wird, dann ist es wie bei

1) Rosenberg-Schwab, § 122, III, 2; Thomas-Putzo, vor § 415, Anm. 3 a

unstreitigen Tatsachen offensichtlich, daß das Revisionsgericht bei strenger Durchführung des Novenverbots eine unzutreffende Entscheidung erlassen müßte, obwohl die Einschränkung des Novenverbots in solchen Fällen dessen Zweck nicht beeinträchtigt. Die durch die Urkunden bewiesene Tatsache muß daher berücksichtigt werden.

Als Beispiel sei der Sachverhalt von BGHZ 53, S. 128 ff. herangezogen, wo die Klägerin im Revisionsverfahren eine Einbürgerungsurkunde vorgelegt hatte.[1] Durch diese Urkunde wurde voller Beweis dafür erbracht, daß die Klägerin deutsche Staatsangehörige geworden war, und es stand damit fest, daß die bisher unzulässige Scheidungsklage zulässig geworden war und deshalb die Revision Erfolg haben mußte. Entsprechendes gilt für den Fall, daß durch einen nachträglich ergangenen Verwaltungsakt, etwa eine Genehmigung, eine bislang unbegründete Klage begründet geworden ist. Wollte man die Zulassung neuer Tatsachen auf nichtbeweisbedürftige Noven beschränken, so würde der Gegner in solchen Fällen die ihm ungünstigen Tatsachen trotz ihrer Evidenz aus dem Revisionsverfahren heraushalten können, indem er die Behauptung der Genehmigungserteilung oder der Einbürgerung bestritte. In einem derartigen Bestreiten würde auch solange kaum ein Verstoß gegen die Wahrheitspflicht zu erblicken sein, als der Gegner die Urkunde nicht gesehen hat; es gibt aber keine Handhabe dafür, ihn zur Kenntnisnahme zu zwingen. Zwar ist zuzugeben, daß in den allermeisten Fällen, in denen eine Urkunde Parteibehauptungen belegen kann, der Gegner im Zweifelsfalle die Urkunde einsehen und danach die durch sie bezeugten Tatsachen zugestehen wird; aber in die theoretische Erörterung müssen auch denkbare Ausnahmefälle einbezogen werden.

Ob die durch die volle Beweiskraft der vorgelegten Urkunde gedeckten Tatsachen bereits ausreichen, um

---

1) S. dazu oben S. 78 ff.

das Entscheidungsergebnis zu beeinflussen, oder ob sie noch weitere, im Revisionsverfahren nicht zulässige Aufklärung nötig machen - etwa Zeugenaussagen darüber, wie eine abgegebene Erklärung, deren Existenz durch eine Privaturkunde bewiesen wird, zu verstehen sei -, das ist eine andere Frage, die sich genauso bei nichtbeweisbedürftigen Tatsachen stellt.

Die Berücksichtigung von streitigen Tatsachen ist jedoch ausgeschlossen, wenn gegen die Echtheit der zu ihrem Beweis vorgelegten Urkunden Einwände erhoben werden. Denn damit wird die volle Beweiskraft der Urkunden in Frage gestellt, und die Klärung eines Streits über die Echtheit ist im Revisionsverfahren nicht möglich. Dasselbe gilt für Tatsachen, die mit Urkunden bewiesen werden sollen, welche sich nicht im Besitz der beweispflichtigen Partei befinden, die diese also nicht vorlegen kann; ein Antrag auf Anordnung der Vorlegung durch den Gegner (§§ 421 ff.) kann wegen der damit u. U. verbundenen Weiterungen (vgl. §§ 426 ff.) nicht zugelassen werden. Ebenfalls ausgeschlossen ist der Urkundenbeweis auch dann, wenn ein Gegenbeweis gegen die formelle Beweiskraft der Urkunde möglich ist (vgl. §§ 415 Abs. 2, 418 Abs. 2)[1] und angetreten wird, weil dann der Bestand der vollen Beweiswirkung von der Erhebung weiterer Beweise abhängig ist.

3. Ergebnis

Entscheidungserhebliche Tatsachen, die nach der letzten mündlichen Berufungsverhandlung entstanden sind, sowie früher entstandene, die einen Wiederaufnahmegrund im Sinne der §§ 579 f. darstellen, sind im Revisionsverfahren dann zu berücksichtigen, wenn sie entweder nicht beweisbedürftig sind, oder wenn sie

1) Der Gegenbeweis gegen die formelle Beweiskraft von Privaturkunden ist in der Weise möglich, daß nachgewiesen wird, die als Entwurf gedachte Urkunde sei dem Aussteller abhandengekommen; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 416, Anm. IV

durch die formelle Beweiskraft von Urkunden bewiesen werden, sofern solche Urkunden im Revisionsverfahren vorgelegt werden und weder ihre Echtheit bezweifelt noch ein Gegenbeweis gegen ihre formelle Beweiskraft angetreten wird.

Unter diesen Voraussetzungen läuft eine Einschränkung des Novenverbots nicht dessen Zielen zuwider und ist deshalb zulässig und auch geboten, weil es evident ist, daß die durch das Novenverbot u. a. angestrebte besondere Richtigkeitsgewähr der Revisionsentscheidung in Rechtsfragen nutzlos ist, weil die Tatsachenbasis der Entscheidung mangelhaft ist oder sich geändert hat.

III. Besonderheiten bei den von Amts wegen zu prüfenden prozessualen Urteilserlaßvoraussetzungen

Wir haben bereits im einleitenden Abschnitt festgestellt, daß die prozessualen Urteilserlaßvoraussetzungen von den verfahrensleitenden Prozeßrechtsnormen zu unterscheiden sind.[1] Nur auf die letzteren sind §§ 561 Abs. 1 S. 2, 554 Abs. 3 Z. 2 b anzuwenden. Daher kann die in der Rechtsprechung für richtig gehaltene weitgehende Novenzulassung[2] im Bereich der von Amts wegen zu prüfenden Urteilserlaßvoraussetzungen, insbesondere der Prozeßvoraussetzungen, nicht auf diese Vorschriften gestützt werden. Es bedarf besonderer Gründe, um eine Einschränkung des Novenverbots zu rechtfertigen, die über das für materiell-rechtliche Urteilserlaßvoraussetzungen entwickelte Maß[3] hinausgeht.

Bei der Untersuchung darüber, ob und in welchem Umfang es im Hinblick auf die Prozeßvoraussetzungen erforderlich ist, die bislang als zulässig erkannten Möglichkeiten, neue Tatsachen einzuführen, noch zu erweitern, beschränken wir uns auf die allgemeinen Prozeßvoraussetzungen, und zwar auf diejenigen, die

---

1) Oben S. 23
2) S. dazu oben S. 65 ff.
3) Dazu oben S. 183 ff.

in den oben[1] dargestellten Entscheidungen behandelt worden sind.

1. Nichtbeweisbedürftigkeit und Amtsprüfung

Die Prüfung von Amts wegen stellt eine Einschränkung des Verhandlungsgrundsatzes dar: Das Gericht ist an die sog. Beweisersatzlagen nicht gebunden.[2] Während unter der Geltung der Verhandlungsmaxime Tatsachen schon dann nicht beweisbedürftig sind, wenn sie unstreitig sind, setzt die Nichtbeweisbedürftigkeit im Bereich der Amtsprüfung außerdem voraus, daß das Gericht keine Zweifel daran hat, daß unstreitig vorgetragene Tatsachen, die das Vorliegen einer Prozeßvoraussetzung begründen sollen, auch wirklich existieren. Solche Zweifel an der Wahrheit einer zugestandenen Behauptung können durch Umstände beliebiger Art (z. B. privates Wissen, Akteninhalt oder Presseberichte) beim Richter geweckt werden.[3] Auf diese Weise soll nach Möglichkeit verhindert werden, daß die Parteien über Urteilserlaßvoraussetzungen disponieren, die nicht nur in ihrem Interesse, sondern auch aus öffentlichen Interessen aufgestellt sind.[4]

Wenn beispielsweise über denselben Streitgegenstand bereits rechtskräftig entschieden worden ist, oder wenn schon ein anderer Prozeß mit identischem Streitgegenstand anhängig ist, dann ist eine wiederholte Inanspruchnahme der Gerichte nicht erforderlich. Es besteht nicht nur ein Interesse des Beklagten daran, nicht zweimal mit demselben Streit überzogen zu werden, sondern auch ein Allgemeininteresse daran, daß staatliche Einrichtungen nicht unnützerweise in Anspruch genommen werden. Das Gericht kann deshalb nicht

---

1) S. 69 ff.
2) Grunsky, Grundlagen, S. 172 f.; Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 33 ff. Zu den heute anerkannten Grundsätzen der Amtsprüfung s. auch oben S. 66 f.
3) Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 156 ff.
4) Costede, ZZP 82 (1969), S. 440 f.; Grunsky, Grundlagen, S. 173; Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 35 mit weiteren Nachweisen

an Dispositionen der Parteien über die (negativen) Prozeßvoraussetzungen "anderweitige Rechtshängigkeit" und "rechtskräftige Entscheidung über den Streitgegenstand" gebunden sein. Behauptet etwa der Kläger auf Befragen des Gerichts, ein anderer Prozeß mit demselben Streitgegenstand sei nicht anhängig, und bestreitet der Beklagte dies nicht, so hat das Gericht gleichwohl die Klage als unzulässig abzuweisen, wenn es vom Gegenteil Kenntnis erhält.[1] Zu eigenen Ermittlungen ist das Gericht dabei allerdings weder verpflichtet noch befugt[2]; es hat lediglich den Kläger auf Bedenken aufmerksam zu machen (vgl. § 139 Abs. 2). Vermag dieser die ihm vom Gericht entgegengehaltenen Zweifel nicht auszuräumen, dann bleibt sein Rechtsschutzbegehren erfolglos[3], weil er nach h. M.[4] im Bereich der Prozeßvoraussetzungen - mit Ausnahme der Prozeßvoraussetzungen Rechtshängigkeit und Rechtskraft[5] - die Beweislast trägt.

Dagegen ist das Gericht an Dispositionen der Parteien gebunden, soweit Prozeßvoraussetzungen keine Allgemeininteressen berühren. Das ist der Fall bei den Prozeßhindernissen[6] (§ 274 Abs. 2 Z. 3, 5 und 6) und

---

1) Trotz des Wortlauts des § 263 Abs. 2 S. 1 ("kann der Gegner die Einrede der Rechtshängigkeit erheben") geht heute die allgemeine Meinung davon aus, daß die Rechtshängigkeit von Amts wegen zu berücksichtigen ist; dies wird vor allem mit dem Zweck der Rechtshängigkeitseinrede begründet, widersprechende Urteile zu verhüten. Vgl. Thomas-Putzo, § 263, Anm. 3 a; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 263, Anm. III, 2 mit weiteren Nachweisen (Fußnote 24)

2) Nachweise oben S. 66 Fußnote 6

3) Daß das Gericht damit für die Unzulässigkeit sprechende Tatsachen selbst in den Prozeß einführt, und daß deshalb insoweit die Untersuchungsmaxime gilt, haben wir bereits erwähnt (s. oben S. 92, Fußnote 1)

4) Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 34 mit Literaturnachweisen in Fußnote 9. Durch die Untersuchungen Rimmelspachers aaO., S. 174 ff. wird das Ergebnis bestätigt.

5) Hier soll nach überwiegender Ansicht den Beklagten die Beweislast treffen. S. dazu Rimmelspacher, aaO., S. 34 f. mit Nachweisen in Fußnote 10 und die kritischen Ausführungen S. 183

6) Zur Terminologie s. Wieser, ZZP 84 (1971), S. 305, Fußnote 3

bei den Prozeßvoraussetzungen, über die die Parteien nach dem Gesetz Vereinbarungen treffen dürfen, wie z. B. über die örtliche und sachliche Zuständigkeit im Rahmen der §§ 38 ff.

Desgleichen besteht kein öffentliches Interesse daran, daß über jede Klage sachlich entschieden wird, wenn alle Zulässigkeitsvoraussetzungen gegeben sind.[1] Behauptet der Beklagte Tatsachen, die das Fehler einer Prozeßvoraussetzung ergeben, und tritt der Kläger dem nicht entgegen, dann ist es nicht Sache des Gerichts, der Klage trotz der Passivität des Klägers zum Erfolg zu verhelfen. Dies gilt auch dann, wenn Prozeßvoraussetzungen in Frage gestellt werden, die die Kräftegleichheit der Parteien im Prozeß sichern sollen. Zieht also z. B. der Beklagte unwidersprochen die Prozeßfähigkeit des Klägers in Zweifel, ist der Kläger aber tatsächlich prozeßfähig, dann ist er nach der Vorstellung des Prozeßrechts imstande, seine Rechte selbst ausreichend wahrzunehmen; die Sachlage ist nicht anders, als wenn er für streitige materiell-rechtliche Urteilserlaßvoraussetzungen beweisfällig bleibt.

Zusammenfassend ist danach festzustellen, daß auch im Bereich der Prozeßvoraussetzungen die Stoffsammlung nicht durchweg der Amtsprüfung unterliegt. Eine Prüfung von Amts wegen, durch die die Dispositionsfreiheit der Parteien beschränkt wird, und in deren Rahmen das Gericht von sich aus Tatsachen in das Verfahren einführen darf, findet zum einen nur bei den Prozeßvoraussetzungen statt, durch die über die Parteibelange hinausgehende Allgemeininteressen berührt werden; dies ist nicht der Fall, wenn die Parteien Vereinbarungen über die Prozeßvoraussetzungen schließen können (nach §§ 38 ff.). Zum anderen ist auch bei den übrigen Prozeßvoraussetzungen keine Amtsprüfung angebracht, soweit Tatsachen vorgebracht werden, die das

1) So zutreffend Grunsky, Grundlagen, S. 173 ff. Der Gedanke klingt auch bei Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 172, an.

Fehlen der Prozeßvoraussetzung ergeben. Das Gericht ist also an unstreitigen Parteivortrag nur dann nicht gebunden[1], wenn damit das Vorliegen einer der Parteidisposition entzogenen Prozeßvoraussetzung belegt wird. Hat das Gericht konkrete Anhaltspunkte, die an der Wahrheit solchen Vortrags zweifeln lassen, dann muß die beweisbelastete Partei - in der Regel der Kläger - trotz der Unstreitigkeit den Beweis führen.

Aufgrund dieser Überlegungen müssen unsere bisherigen Ergebnisse über die Zulässigkeit neuen Vorbringens für den Bereich der Prozeßvoraussetzungen insofern modifiziert werden, als in dem soeben umrissenen Anwendungsgebiet der Amtsprüfung die Beweisbedürftigkeit nicht schon mit der Unstreitigkeit von Tatsachen entfällt. Wir können zwar weiterhin sagen, daß nichtbeweisbedürftige Tatsachen zu berücksichtigen sind, müssen uns aber dabei bewußt sein, daß Tatsachen, mit denen das Vorliegen einer nicht disponiblen Prozeßvoraussetzung dargetan werden soll, nur dann nicht bewiesen werden müssen, wenn sie unstreitig sind und wenn außerdem das Gericht keine substantiierten Zweifel an ihren Vorliegen hat. Ist eine dieser beiden Voraussetzungen nicht gegeben, dann findet das neue Vorbringen in der Revisionsinstanz keine Beachtung.

2. Die Bedeutung der Lehre vom Freibeweis für die Zulässigkeit beweisbedürftiger Tatsachen

Da wir die Zulassung von nichtbeweisbedürftigem und durch Urkunden zu beweisendem Vorbringen hauptsächlich damit begründet haben, daß sie das Revisionsgericht nicht erheblich mit zusätzlicher Arbeit belastet, und deshalb auch nicht zu einer inhaltlichen Veränderung seiner Tätigkeit in Richtung auf eine Tatsacheninstanz hin führt, ist die Ansicht denkbar, daß in Bezug auf die Prozeßvoraussetzungen auch beweisbedürf-

1) Ehe-, Kindschafts- und Entmündigungssachen, in denen die Verhandlungsmaxime generell nicht oder nur eingeschränkt (vgl. § 622 Abs. 2) gilt, bleiben unberücksichtigt.

tiger Vortrag berücksichtigt werden könne, weil insoweit kein ordentliches Beweisverfahren nach den Regeln der ZPO durchgeführt zu werden brauche, sondern das Gericht sich die Überzeugung im formlosen und arbeitssparenden Wege des Freibeweises verschaffen könne.

Wie bereits erwähnt[1], steht es den Gerichten nach wohl noch herrschender Meinung frei, in welcher Weise sie über von Amts wegen zu prüfende Fragen Beweis erheben; sie sollen weder an die Grundsätze der Unmittelbarkeit (§ 355) und Parteiöffentlichkeit (§ 357) noch an die Beweismittel der ZPO gebunden sein, sondern alle verfügbaren Erkenntnisquellen heranziehen dürfen.[2] Läßt man den Freibeweis zu, dann bereiten die Beweisaufnahmen über Zulässigkeitsvoraussetzungen dem Revisionsgericht in der Tat häufig keine erhebliche Mühe, so z. B. wenn schriftliche Auskünfte an die Stelle von Zeugenaussagen treten können. Aber abgesehen davon, daß auch eine formlos und auf einfachem Weg durchgeführte Beweisaufnahme in der Regel immer noch mehr Arbeit verursacht als die bloße Kenntnisnahme von nichtbeweisbedürftigen Tatsachen und von Urkunden, und daß auch nicht in allen Fällen ein bequemerer als der in der ZPO vorgeschriebene Weg gangbar ist - etwa wenn Sachverständigengutachten eingeholt werden müssen -, ist auch die Lehre vom Freibeweis zumindest fragwürdig. Seit den Untersuchungen von Bruns[3] und Peters[4] wird sie zunehmend grundsätzlich abgelehnt.[5]

Die für den Strafprozeß entwickelte[6] Theorie geht da-

1) S. oben S. 66
2) Peters, S. 58, 77 ff.; Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 34 (beide mit Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur); Stein-Jonas-Schumann-Leipold, vor § 355, Anm. III, 1; Zeiß, § 59 II
3) JZ 1957, S. 489, 493
4) Der sogenannte Freibeweis im Zivilprozeß
5) So von Grunsky, Grundlagen, S. 378 ff.; Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 39 f., 171 ff.; Rosenberg-Schwab, § 113, II, 3; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, vor § 355, Anm. III, 2
6) Dazu Peters, S. 16 ff.

von aus, daß die Zulässigkeitsvoraussetzungen im Prozeß von geringerer Bedeutung seien als die materiellrechtlichen Urteilserlaßvoraussetzungen.[1] Davon kann man aber - worauf Peters[2] eindringlich hinweist - in dieser Allgemeinheit nicht sprechen, denn in zahlreichen Fällen unterliegt der Kläger allein wegen einer fehlenden Prozeßvoraussetzung. Unter dem Gesichtspunkt des Prozeßsieges sind alle Voraussetzungen gleichwertig.[3] Können aber die amtswegig zu prüfenden Zulässigkeitsvoraussetzungen für den Prozeßausgang ebenso entscheidend sein wie die Voraussetzungen des materiellen Rechts, dann müssen bei der Feststellung der ersteren dieselben Garantien für die Qualität des Beweises gegeben sein wie bei der Prüfung der letzteren; das Verfahren des Freibeweises gewährleistet aber nur einen geringeren Beweiserfolg als das in der ZPO normierte Beweisverfahren.[4]

Auf die Lehre vom Freibeweis kann also eine Forderung nach einer weiter als bisher angenommen gehenden Zulassung von neuen Tatsachen im Bereich der Prozeßvoraussetzungen nicht gestützt werden. Es bleibt aber noch die Frage zu beantworten, ob nach den Grundgedanken der Prozeßvoraussetzungen die zur Amtsprüfung geführt haben, auch streitige Noven zu berücksichtigen sind. Nur wenn dies der Fall ist, ist die These der Rechtsprechung berechtigt, aus dem Umstand, daß bestimmte Voraussetzungen von Amts wegen zu prüfen seien, folge die Notwendigkeit erweiterter Novenzulassung.

3. Die Erforderlichkeit weiterer Ausnahmen von Novenverbot bei den einzelnen Prozeßvoraussetzungen

a) Mit Hilfe der Amtsprüfung soll die Parteidisposition

1) Grunsky, Grundlagen, S. 379
2) S. 81 ff. Ebenso Grunsky, aaO.; Rosenberg-Schwab, § 113, II, 3; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, vor § 355, Anm. III, 2
3) Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 102 ff.
4) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, aaO. Zur Bedeutung der Grundsätze der Unmittelbarkeit und Parteiöffentlichkeit für den Beweiserfolg s. Peters, S. 11 ff.

über Prozeßvoraussetzungen deshalb beschränkt werden, weil die Prozeßvoraussetzungen Zwecken dienen, die über die Parteiinteressen hinausgehen.[1] Versucht man, diese öffentlichen Interessen weiter aufzuschlüsseln, so stößt man bei den einzelnen Prozeßvoraussetzungen auf verschiedenartige Gesichtspunkte[2] wie Rechtssicherheit, Rechtsfrieden, Schutz staatlicher Autorität und gerichtlichen Ansehens im Ganzen, Schutz der Gerichte vor mißbräuchlicher Inanspruchnahme sowie Prozeßökonomie. Daneben steht der Gedanke des Parteienschutzes.

Aus allen diesen Kriterien läßt sich aber nichts dafür herleiten, daß im Revisionsverfahren noch neue Tatsachen zu den Prozeßvoraussetzungen sollen vorgebracht werden können, die die Zulässigkeit der Klage begründen könnten. Insoweit besteht kein stärkeres Bedürfnis als bei materiell-rechtlich erheblichen Tatsachen dafür, neue Umstände in der dritten Instanz einzuführen, denn die genannten öffentlichen Interessen fordern nicht, daß über eine in Wahrheit zulässige Klage auch unter allen Umständen sachlich entschieden wird.[3] Wenn also ein in der Berufungsinstanz durch Prozeßurteil abgewiesener Kläger geltend machen will, ein bisher bestehender Zulässigkeitsmangel sei nachträglich behoben worden, dann muß er - ebenso wie in der entsprechenden Situation ein in der Sache unterlegener Kläger, der die nachträglich eingetretene Begründetheit des Anspruchs behauptet -, auf einen zweiten Prozeß verwiesen werden, in dem er sein Recht durchsetzen kann. Dasselbe gilt, wenn der Kläger die Prozeßabweisung für unrichtig hält und sie mit Alttatsachen zu Fall bringen möchte. Wenn es dem Kläger während zweier Instanzen nicht gelungen ist, das Gericht

1) S. oben S. 191 mit Fußnote 4
2) S. dazu Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 37 ff., mit Nachweisen zu den einzelnen Gesichtspunkten (Fußnoten 33-42)
3) S. oben S. 193

vom Vorliegen einer Prozeßvoraussetzung zu überzeugen, dann besteht - wie bei einer Sachabweisung - kein Allgemeininteresse daran, diesen Streit in dritter Instanz fortzusetzen. In vielen Fällen wird es auch möglich sein, den vom Berufungsgericht angenommenen Zulässigkeitsmangel zu beheben, also etwa für ordnungsgemäße Vertretung zu sorgen oder den richtigen Rechtsweg einzuschlagen; dann ist es sinnvoller, wenn der Kläger diese Konsequenzen aus dem Berufungsurteil zieht, anstatt daß er versucht, den Sachverhalt noch zu ergänzen.

Diskussionswürdig sind hiernach nur die Fälle, in denen eine Partei - in der Regel wohl der Beklagte - im Revisionsverfahren dartun möchte, daß eine Prozeßvoraussetzung nachträglich entfallen sei, ein bisher der Klage stattgebendes Urteil also aufgehoben werden müsse (Neutatsachen), oder daß das stattgebende Urteil unrichtig sei, weil schon z. Z. seines Erlasses eine Prozeßvoraussetzung gefehlt habe (Alttatsachen). Hier könnten die erwähnten öffentlichen Interessen es erforderlich machen, daß derartige Tatsachen vom Revisionsgericht auch über den bisher von uns für zulässig gehaltenen Umfang hinaus berücksichtigt werden, damit keine Sachentscheidung bestehen bleibt oder ergeht, deren Erlaß verhindert werden soll, wenn eine im Allgemeininteresse aufgestellte Prozeßvoraussetzung fehlt.

Mit Recht hat aber Rimmelspacher[1] darauf hingewiesen, daß mit dem Argument, Rechtsschutz dürfe nur erteilt werden, wo die Prozeßvoraussetzungen wirklich vorliegen, nicht nur gefordert werden könnte, die Revisionsinstanz für die Prüfung der Prozeßvoraussetzungen zu einer Tatsacheninstanz zu machen, sondern auch, das Revisionsurteil in einem weiteren Rechtszug zu überprüfen, weil auch das Revisionsgericht keine unbedingte Garantie dafür bietet, daß es den Tatsachenstoff

1) Amtsprüfung, S. 191 f. Grundsätzlich zustimmend Stein-Jonas-Grunsky, § 561, Anm. II, 2 c

für die Prozeßvoraussetzungen wirklichkeitsentsprechend erfaßt. Daraus wird deutlich, daß es kaum möglich ist, aus den öffentlichen Interessen, die hinter den Prozeßvoraussetzungen stehen, unmittelbare Konsequenzen für die Novenfrage abzuleiten. Dabei ist vor allem auch zu bedenken, daß das Novenverbot seinerseits teilweise ein öffentliches Anliegen wahrnimmt, indem es einen möglichst effektiven Einsatz des Revisionsgerichts sichert und der Rechtseinheit dient. Wenn man aus den mit den Prozeßvoraussetzungen verfolgten Allgemeininteressen ein Bedürfnis nach erweiterter Novenzulassung ableiten wollte, dann gerieten diese Interessen mit den durch das Novenverbot angestrebten Zwecken in Konflikt.

Außerdem decken sich die mit dem Novenverbot angestrebten Zwecke teilweise mit den Anliegen der Prozeßvoraussetzungen, weil sowohl das erstere wie auch einige der letzteren, nämlich Rechtshängigkeit und Rechtskraft, die Rechtssicherheit fördern sollen, so daß insoweit keine Abwägung der Zwecke stattfinden kann.

Läßt sich aus den über die Parteiinteressen hinausgehenden Zwecken, die zur Aufstellung der Prozeßvoraussetzungen und zur Amtsprüfung ihres Vorliegens geführt haben, unmittelbar keine allgemeine Aussage über die Notwendigkeit einer gegenüber den materiell-rechtlichen Voraussetzungen erweiterten Novenzulassung gewinnen, so erscheint es sinnvoll, für die fraglichen Prozeßvoraussetzungen im einzelnen zu prüfen, wieweit etwa aus besonderen Gründen Noven im Revisionsverfahren zuzulassen sind und welche Konsequenzen die Übertragung der für den materiell-rechtlichen Bereich gewonnenen Ergebnisse hat. Wenn sich zeigt, daß die nach unseren bisherigen Ergebnissen mögliche Berücksichtigung neuer Tatsachen für einzelne Prozeßvoraussetzungen noch nicht ausreicht, dann ist zu fragen, ob speziell für die betreffende Prozeßvoraussetzung weitere Ausnahmen von § 561 Abs. 1 zu machen sind.

Durch dieses Vorgehen wird gewährleistet, daß die Einführung auch streitiger Tatsachen mit ihrer nachteiligen Folge für die Ziele des Novenverbots auf den wirklich unumgänglichen Umfang beschränkt wird.

b) Nach §§ 239 ff. wird das Verfahren unter gewissen Voraussetzungen unterbrochen bzw. ist im Falle der Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten auf Antrag auszusetzen (§ 246). §§ 239 ff. betreffen vor allem die Fälle, in denen an sich wegen Fortfalls einer Prozeßvoraussetzung die Klage unzulässig werden würde; das Gesetz sorgt dafür, daß die Klage zulässig bleibt[1], indem der Prozeß unterbrochen bzw. ausgesetzt wird, bis etwa der Rechtsnachfolger einer verstorbenen Partei (§ 239) Gelegenheit zur Aufnahme hatte, bis der prozeßunfähigen oder prozeßunfähig gewordenen Partei (§ 241) ein (neuer) Vertreter bestellt worden ist, oder bis im Falle eines Parteiwechsels (§§ 240[2], 242) die richtige neue Partei festgestellt werden und in den Prozeß eintreten konnte. Man könnte nun meinen, daß die in den §§ 239 ff. genannten Ereignisse in jeder Lage des Verfahrens berücksichtigt werden müßten und ihr Eintritt auch noch im Revisionsverfahren zu beachten sei, weil aus ihrer Eigenschaft als Unterbrechungstatsachen folge, daß das Gesetz ihnen besondere Bedeutung beigemessen habe, wie vor allem aus den Unterbrechungswirkungen des § 249 deutlich werde.[3] Bei näherer Betrachtung scheint es jedoch nicht zwingend geboten, den Wegfall einer Prozeßvoraussetzung, der einen Unterbrechungsgrund darstellt, allein wegen dieses Umstandes stets im Revisionsverfahren zu beachten.

---

1) Blomeyer, § 39, II, 2
2) Ein Parteiwechsel bei Konkurseröffnung ist von der Amtstheorie aus anzunehmen. Nach der Vertretertheorie bleibt der Gemeinschuldner Partei und wird durch den Konkursverwalter vertreten (Thomas-Putzo, § 240, Anm. 1
3) So Mattern, JZ 1963, S. 650; Rosenberg-Schwab, § 146, II, 3 c; Stein-Jonas-Grunsky, § 561, Anm. II, 2 b; RGZ 64, 361 (362 f.); RG JW 1932, S. 168 Nr. 4; RG JW 1938, S. 1025 Nr. 24

Dies kann am Beispiel eines Wechsels der Prozeßführungsbefugnis gezeigt werden.

Verliert die bislang prozeßführungsbefugte Partei die Verfügungsbefugnis - die neben dem Eigeninteresse die Grundlage der Prozeßführungsbefugnis jedenfalls bei der Leistungsklage ist[1] - über den streitbefangenen Gegenstand oder über das gesamte Vermögen, in dem das Interesse an der Prozeßführung begründet ist (Interessevermögen)[2], so ergeben sich zwei Möglichkeiten für die Fortführung des Prozesses: Entweder die alte Partei scheidet aus, und es tritt der nunmehr Verfügungsbefugte als neue Partei ein, oder die bisherige Partei wird gemäß § 265 weiterhin als Prozeßstandschafter im Verfahren festgehalten. § 265 ist seinem Worlaut nach nur bei Änderungen der Rechtszuständigkeit anwendbar, wird aber in der Literatur[3] auch auf einen Wechsel lediglich der Prozeßführungsbefugnis erstreckt. Die Frage, wo die Grenze zwischen einem Parteiwechsel und dem Anwendungsbereich des § 265 im einzelnen verläuft, ist sehr streitig.[4] Für uns genügt die Feststellung, daß bei Übergang der Verfügungsbefugnis über den streitbefangenen Gegenstand ein gesetzlicher Parteiwechsel anzunehmen sein kann; in diesem Ergebnis ist sich die ganz h. M. jedenfalls dann einig, wenn die Prozeßführungsbefugnis am gesamten Interessevermögen wechselt[5], also etwa im Fall der Konkurseröffnung.

---

1) Henckel, Parteilehre, S. 105 ff., 183 ff.
2) Henckel, aaO., S. 107
3) Henckel, aaO., S. 153 ff., 168, wendet § 265 nur dann an, wenn die Verfügungsbefugnis nur über den Gegenstand des Rechtsstreits, nicht über das gesamte Interessevermögen wechselt. Ebenso Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 265, Anm. III
4) Ausführlich zum Meinungsstand Grunsky, Die Veräußerung der streitbefangenen Sache, S. 70 ff.
5) Dann stimmen die Vertreter der Meinung, die nur in einem solchen Fall einen Parteiwechsel annehmen (Henckel, aaO.; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, aaO.), mit denen überein, die meinen, bei einem Wechsel der Prozeßführungsbefugnis trete stets ein Parteiwechsel ein (vgl. BGHZ 1, 65, 68; BGHZ 46, 249, 251 ff.; Bötticher, S. 295; Lent-Jauernig, § 86 I; Rosenberg-Schwab, § 127, I, 1

Nimmt man aber bei Übergang der Verfügungsbefugnis einen Parteiwechsel an, dann ist eine Unterbrechung in entsprechender Anwendung der §§ 239 ff. geboten, die einen Parteiwechsel zwar nicht regeln, aber - wegen der Herrschaft des materiellen Parteibegriffs z. Z. des Erlasses der ZPO[1] - stillschweigend voraussetzen.[2] Ein Parteiwechsel kann nun aber im Prozeß erst dann wirksam werden, wenn die ihm zugrunde liegenden - in der Regel materiell-rechtlich erheblichen - Umstände (Veräußerung, Verfügungsbeschränkung etc.) festgestellt worden sind.[3] Dabei bleibt es sich gleich, ob man annimmt, die nach der neuen Rechtslage richtige Partei werde automatisch Subjekt des Prozeßrechtsverhältnisses an Stelle der alten[4] - was einen Rückgriff auf den materiellen Parteibegriff bedeutet[5] -, oder ob man die alte Partei solange weiter als Partei ansieht, wie sie ihren Klageantrag aufrechterhält und das Gericht darüber nicht entschieden hat, mit der Folge, daß mit der alten Partei gegebenenfalls darüber gestritten werden muß, ob sie richtige Partei geblieben ist.[6]

Erst wenn das Gericht auf Grund der vorgetragenen Umstände zu der Überzeugung gelangt ist, es sei ein Parteiwechsel eingetreten bzw. vorzunehmen, kann die Unterbrechung des Verfahrens festgestellt werden. Die in der Literatur anzutreffende Ansicht[7], die Unterbrechung trete unabhängig vom Willen und von der Kenntnis der Parteien und des Gerichts kraft Gesetzes

---

1) S. dazu Henckel, Parteilehre, S. 15 ff.
2) Henckel, aaO., S. 145 f.
3) Henckel, aaO., S. 150, 152
4) So Grunsky, Grundlagen, S. 208; Rosenberg-Schwab, § 127, I, 1; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, vor § 239, Anm. I, 6 a
5) S. dazu Grunsky, aaO.; Henckel, aaO., S. 149 f.; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, aaO.
6) So Henckel, aaO., S. 149 f.; Blomeyer, § 115, I, 1
7) Grunsky, aaO.; Rosenberg-Schwab, § 127 pr.; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, aaO.

ein - dies entspricht der Vorstellung, der Parteiwechsel vollziehe sich von selbst -, besagt noch nichts über die Notwendigkeit, unter allen Umständen Unterbrechungstatsachen im Revisionsverfahren zuzulassen. Denn wenn eine Unterbrechung eingetreten sein sollte, von der sich das Revisionsgericht nicht überzeugen konnte, weil es die entsprechenden streitigen Tatsachen nicht festgestellt hat, so hat die Nichtbeachtung der Unterbrechung praktisch keine Folgen. Bleiben die Unterbrechungswirkungen des § 249 unbeachtet und ergeht eine Entscheidung des Revisionsgerichts, so ist diese wirksam. Zwar wird angenommen, daß Handlungen des Gerichts, die trotz einer Unterbrechung vorgenommen werden, den Parteien gegenüber wirkungslos seien[1], jedoch soll die Unwirksamkeit lediglich durch Anfechtung mit den ordentlichen, gegen die Entscheidung regelmäßig gegebenen Rechtsbehelfen geltend gemacht werden können.[2] Wegen der Rechtskraft der Revisionsentscheidung bleiben also grundsätzlich alle etwaigen Folgen einer nicht festgestellten Unterbrechung sanktionslos, so daß die ursprünglich möglicherweise vorliegende Unwirksamkeit der Handlungen von Parteien und Gericht mit der Entscheidung überholt ist.

Lediglich eine Nichtigkeitsklage ist noch denkbar, etwa nach § 579 Abs. 1 Z. 4, wenn der Wegfall der Prozeßfähigkeit nicht berücksichtigt wurde. Diese Möglichkeit besteht aber nicht deshalb, weil eine Unterbrechung des Verfahrens nicht festgestellt wurde, sondern weil das Gesetz dem speziellen Unterbrechungsgrund besondere Bedeutung beimißt. Dieser Gedanke kann verallgemeinert werden und führt dann für

1) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 249, Anm. IV pr.
2) Baumbach-Lauterbach, § 249, Anm. 3 C; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 249, Anm. IV, 2

die Novenfrage im Revisionsverfahren zu folgender Aussage:

Der Wegfall einer Prozeßvoraussetzung während des Prozesses kann im Revisionsverfahren nicht schon deshalb geltend gemacht werden, weil er einen Unterbrechungs- bzw. Aussetzungsgrund darstellt, sondern es muß gefragt werden, ob die Bedeutung und der Zweck der Prozeßvoraussetzung dies gebieten.

Zur Erläuterung greifen wir wieder auf das Beispiel des Parteiwechsel wegen Wechsels der Prozeßführungsbefugnis zurück. Wenn es sinnvoll erscheint, bei einem solchen Wechsel, den Prozeß nicht enden zu lassen, sondern seine bisherigen Ergebnisse zu erhalten und ihn mit der neuen richtigen Partei fortzusetzen, dann ist die Unterbrechung des Verfahrens eine sachgerechte Konsequenz aus der neuen Prozeßsituation. Diese erfordert es, den Prozeßbeteiligten eine Pause zur Umstellung auf die neuen Verhältnisse einzuräumen. U. U. steht auch die neue Partei noch nicht fest (der Konkursverwalter ist noch nicht bestellt). Die Unterbrechung ist also die zweckmäßige Folge einer veränderten Prozeßlage. Nicht die Unterbrechung, sondern das unterbrechende Ereignis, das die Veränderung der Prozeßsituation bewirkt, steht im Vordergrund; das Verfahren wird unterbrochen, wenn ein Parteiwechsel festgestellt worden ist, nicht umgekehrt.

Wird geprüft, ob die materiell-rechtlichen Umstände, die u. U. zu einem Wechsel der Prozeßführungsbefugnis führen, vom Revisionsgericht auch dann beachtet werden müssen, wenn sie beweisbedürftig sind, so genügt es nicht, darauf hinzuweisen, daß diese Tatsachen im Falle ihres Vorliegens das Verfahren unterbrechen würden, sondern es muß erstens nach dem Zweck gefragt werden, um dessentwillen die Prozeßvoraussetzung "Prozeßführungsbefugnis" aufgestellt ist, und zweitens muß untersucht werden, ob dieser Zweck vereitelt wird, wenn der Wegfall der Prozeßvoraussetzung unbeachtet bleibt. Nur wenn dies der Fall ist, erscheint eine be-

vorzugte Berücksichtigung der für die Prozeßführungsbefugnis erheblichen materiell-rechtlichen Umstände im Revisionsverfahren gegenüber sonstigen Tatsachen aus diesem Bereich gerechtfertigt.

Als Ergebnis ist also festzuhalten, daß allein aus der Tatsache, daß der Wegfall bestimmter Prozeßvoraussetzungen zu einer Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens führen kann, noch nichts Entscheidendes für die Notwendigkeit gefolgert werden kann, den Wegfall stets im Revisionsverfahren vorbringen zu können. Hierfür kommt es vielmehr auf die Bedeutung der jeweiligen Prozeßvoraussetzung an sowie auf etwa dem Gesetz zu entnehmende Regelungen (wie z. B. die Möglichkeit einer Nichtigkeitsklage bei Fortfall der Prozeßfähigkeit).

c) Bei der Untersuchung, ob in Bezug auf einzelne Prozeßvoraussetzungen eine erweiterte Novenzulassung erforderlich ist, knüpfen wir an unsere obige Feststellung an[1], daß über die Parteibelange hinausgehende öffentliche Interessen nur insoweit betroffen werden können, als der Wegfall einer Prozeßvoraussetzung oder ihr ursprüngliches Nichtvorliegen in Frage stehen. Es ist also von der Situation auszugehen, daß eine der Klage stattgebende Entscheidung des Berufungsgerichts ergangen ist und die beschwerte Partei im Revisionsverfahren geltend machen will, eine Prozeßvoraussetzung habe von Anfang an nicht vorgelegen oder sei vor oder nach Erlaß des Berufungsurteils weggefallen, so daß die Klage bereits z. Z. der letzten Berufungsverhandlung unzulässig gewesen bzw. danach unzulässig geworden sei.

aa) Nachdem wir bereits auf einen Wechsel der Prozeßführungsbefugnis näher eingegangen sind, wollen wir die Einzelprüfung mit dieser Prozeßvoraussetzung beginnen. Wir beschränken uns dabei auf die Prozeßfüh-

1) S. 193 f.

rungsbefugnis des Klägers bei Leistungsklagen.

Wie bereits erwähnt[1], sind Grundlagen der Prozeßführungsbefugnis bei der Leistungsklage das Interesse der Partei an der Prozeßführung und die Verfügungsbefugnis über das behauptete Recht. Dadurch, daß nur die verfügungsbefugte Partei zur Prozeßführung zugelassen wird, die außerdem ein eigenes Interesse geltend machen kann, wird erreicht, daß niemand sich unberufen zum Sachwalter fremder Interessen machen kann; die Popularklage ist ausgeschlossen.[2] Dies ist erforderlich, um eine unnötige Belastung des Gerichts durch die Prozeßführung zu vermeiden. Denn der wahre Prozeßführungsbefugte ist an ein Urteil nicht gebunden, das ein Unbefugter erstreitet, und kann deshalb über denselben Streitgegenstand nochmals prozessieren.[3] Die Prozeßvoraussetzung "Prozeßführungsbefugnis" ist somit derjenigen des Rechtsschutzbedürfnisses verwandt, die gleichfalls nicht erforderliche Prozesse vermeiden soll.[4]

Solange eine Partei verfügungsbefugt über den Streitgegenstand ist, ist der Rechtsträger - sofern er von der prozessierenden Partei verschieden ist - an das Prozeßergebnis gebunden, so daß Gegner und Gericht vor einer unnötigen Prozeßverdoppelung geschützt sind. Dies ändert sich jedoch, wenn der Kläger Verfügungsbefugnis und damit Prozeßführungsbefugnis verliert und ein Parteiwechsel erforderlich wird. Werden diese außerprozessualen Vorgänge im Verfahren nicht berücksichtigt und wird der bisherige Kläger im Prozeß belassen, dann wird u. U. die gesamte bisherige Prozeßführung nutzlos. Denn derjenige, der während des Prozesses die Verfügungsbefugnis erlangt hat, kann an das

1) S. oben S. 201 mit Fußnote 1
2) Henckel, Parteilehre, S. 193
3) Blomeyer, § 41, IV, 5; Gerhardt, S. 25; Henckel, aaO., S. 106; Rosenberg-Schwab, § 46, IV, 5
4) Henckel, aaO., S. 193; Gerhardt, S. 24. Zum Verhältnis von Rechtsschutzbedürfnis und Prozeßführungsbefugnis s. näher Wieser, Rechtsschutzinteresse, S. 196 ff. Zum Rechtsschutzbedürfnis selbst s. sogleich unten S. 208 ff.

Urteil nicht gebunden sein[1], weil er keinen Einfluß auf das Prozeßergebnis hatte, so daß er den Streitgegenstand erneut einklagen könnte, ohne dem Einwand der rechtskräftigen Entscheidung ausgesetzt zu sein.[2] Der Zweck, um dessentwillen die Prozeßvoraussetzung "Prozeßführungsbefugnis" besteht - Verhinderung nicht erforderlicher Prozesse -, würde also vereitelt, wenn ein infolge Wechsels der Verfügungsbefugnis vorzunehmender Parteiwechsel nicht durchgeführt werden könnte, weil das Gericht die zugrundeliegenden Tatsachen nicht beachten darf. Es ist wegen der Gefahr einer Prozeßverdoppelung geboten, auch im Revisionsverfahren noch Tatsachen - und zwar auch streitige Tatsachen - zuzulassen, aus denen ein Wechsel der Prozeßführungsbefugnis hervorgeht. Dies sollte ganz generell gelten, um die Zulassung von Noven in diesem Bereich nicht von der sehr umstrittenen Grenzziehung zwischen Parteiwechsel und Anwendung des § 265[3] abhängig zu machen.[4] Soweit dann nach der jeweils vertretenen Auffassung hierzu der Übergang der Prozeßführungsbefugnis nicht zu einem Parteiwechsel, sondern zur Anwendung des § 265 führt, ermöglicht die Berücksichtigung der entsprechenden Umstände die nach der Relevanztheorie[5] erforderliche Umstellung des Klagantrags auf Leistung an den Nachfolger (im Recht oder in der Verfügungsbefugnis) des Klägers.

Dieselben Argumente wie für einen Wechsel der Prozeßführungsbefugnis gelten für den Fall, daß diese bereits

---

1) Nachweise s. oben S. 206, Fußnote 3
2) Etwas anderes gilt nur, wenn die Partei, die die Verfügungsbefugnis verloren hat, auf Grund einer sog. Prozeßführungsmacht kraft Rechtsscheins den Berechtigten binden kann. S. dazu Blomeyer, § 41, V
3) S. dazu oben S. 201 f.
4) Da der BGH bei einem Übergang der Prozeßführungsbefugnis offenbar stets einen Parteiwechsel annimmt (s. oben S. 201, Fußnote 5), müßte er in jedem Fall die Tatsachen berücksichtigen, die den Verlust der Verfügungsbefugnis ergeben.
5) S. dazu Blomeyer, § 47, III

zu Beginn des Prozesses nicht vorgelegen hat, so daß auch insoweit ein neues Vorbringen im Revisionsverfahren zugelassen werden muß. Soweit danach auch Alttatsachen vorgetragen werden dürfen, rechtfertigt sich die Ausnahme von der an sich grundsätzlich eintretenden Präklusion[1] dadurch, daß deren Ziele (Schutz der Parteien, Herstellung des Rechtsfriedens) hier durch den Ausschluß von Alttatsachen nicht erreicht, sondern im Gegenteil wegen der Gefahr eines Zweitprozesses eher vereitelt würden.

bb) Die Frage nach den Aufgaben der Prozeßvoraussetzung "Rechtsschutzbedürfnis" wird unterschiedlich beantwortet, wie überhaupt genaue Umgrenzung und dogmatische Einordnung dieser Urteilserlaßvoraussetzung sehr umstritten sind.[2] Für uns genügt es festzustellen, daß als Zwecke des Rechtsschutzbedürfnisses in der Literatur weitgehend anerkannt sind[3] das Interesse des Beklagten und der Öffentlichkeit daran, daß die Gerichte nicht um Rechtsschutz angegangen werden, wo ein solcher im Interesse des Klägers nicht erforderlich ist.[4] Gerichtlicher Rechtsschutz ist - grob umrissen - vor allem[5] dann nicht nötig, wenn es für den Kläger einen einfacheren und billigeren Weg zur Durchsetzung seiner Rechte gibt als ein Gerichtverfahren[6], oder wenn ein bestimmtes Rechtsschutzmittel nach dem Willen des Gesetzes hinter einem anderen, ebenso wirksamen zurücktreten muß und der Kläger auf diesen anderen Rechtsbehelf zu verweisen ist.[7] Geht

---

1) S. oben S. 184 f.
2) S. dazu Grunsky, Grundlagen, S. 337 ff.; Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 72 ff., beide mit weiteren Nachweisen
3) Literaturzusammenstellung bei Wieser, Rechtsschutzinteresse, S. 30, Fußnote 1
4) Vgl. Stein-Jonas-Schumann-Leipold, vor § 253, Anm. III, 4
5) Wieser (aaO., S. 40 ff., 237 ff.) nennt als einzelne Erfordernisse des Rechtsschutzinteresses: 1. Wunsch nach dem Urteil, 2. Rechtsschutzwille, 3. Rechtsschutzgrund, 4. Dringlichkeit der Klage, 5. Zweckmäßigkeit der Klage, 6. Verträglichkeit der Klage mit einem anhängigen Verfahren
6) Grunsky, Grundlagen, S. 341
7) S. dazu näher Wieser, S. 141 ff.

man von diesen Grundsätzen über die Funktion des Rechtsschutzbedürfnisses aus, dann ergibt sich für unsere Novenfrage folgendes:

Für einen Vortrag von Alttatsachen in der Revisionsinstanz besteht kein Bedürfnis, wenn damit geltend gemacht werden soll, daß z. Z. der Berufungsentscheidung kein Rechtsschutzinteresse vorlag. Denn für die Vergangenheit kann an der Befassung der Gerichte mit dem Rechtsstreit und an der Behelligung des Beklagten nichts mehr geändert werden; die Prozeßvoraussetzung kann insoweit ihren Zweck nicht mehr erfüllen, und es braucht deshalb auch nicht mehr geprüft zu werden, ob sie überhaupt vorlag.[1] Die Sachlage ist mit derjenigen vergleichbar, daß die Frage der Begründetheit entscheidungsreif ist, während das Rechtsschutzbedürfnis zweifelhaft geblieben ist: Hier macht die h. M. eine Ausnahme vom Prüfungsvorrang der Prozeßvoraussetzungen und läßt es zu, daß im Prozeß das Vorliegen des Rechtsschutzbedürfnisses dahingestellt bleibt, also nicht mehr geprüft wird.[2]

Neues Vorbringen von Alttatsachen kann aber auch, ebenso wie das von Neutatsachen, zum Ziel haben, die Aufhebung eines zusprechenden Berufungsurteils mit der Begründung zu erreichen, daß im Revisionsverfahren kein Rechtsschutzbedürfnis (mehr) vorliege und deshalb jedenfalls das Revisionsgericht die Klage abweisen müsse. Jedoch kann auch mit diesem Argument keine Zulassung beweisbedürftiger Noven erreicht werden.

Dabei ist zunächst zu beachten, daß im Revisionsverfahren keine Aufklärung des Sachverhalts stattfindet, sondern nur geprüft wird, ob auf den berufungsgerichtlichen Tatbestand das Recht richtig angewendet worden ist. Es ist daher fraglich, ob man grundsätzlich überhaupt davon ausgehen kann, daß die Prüfung des Rechts-

1) Vgl. Wieser, ZZP 84 (1971), S. 209, 211 ff.
2) Bruns, § 24 V; Rosenberg-Schwab, § 93, V, 3; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, vor § 253, Anm. III, 5

schutzbedürfnisses - d. h. in unserem Zusammenhang die Feststellung diesbezüglicher streitiger Tatsachen - weniger Mühe macht als die Entscheidung in der Sache selbst. In einem Großteil der Fälle wird die Frage zu verneinen sein, so daß die Prozeßvoraussetzung ihren Zweck ohnehin nicht mehr erfüllen und ihr Vorliegen deshalb offenbleiben kann. Im übrigen aber stehen im Revisionsverfahren den öffentlichen Interessen, die eine Feststellung der gegen ein Rechtsschutzbedürfnis sprechenden Tatsachen fordern, andere öffentliche Interessen gegenüber, die eine Befassung des Gerichts mit Tatfragen, insbesondere mit Beweisaufnahmen, verbieten. Und was den Beklagten angeht, so treffen ihn keine nennenswerten Nachteile, wenn ein Fortfall des Rechtsschutzbedürfnisses nicht beachtet wird: Einmal wird man nicht annehmen können, daß ihn ein Revisionsverfahren mehr belastet, in dem es nur um die rechtliche Überprüfung des angefochtenen Urteils geht, als ein solches, in dem über den Fortfall des Rechtsschutzinteresses gestritten wird. Zum anderen aber und vor allem geschieht ihm materiell kein Unrecht, wenn er zur Erfüllung eines bestehenden Anspruchs verurteilt wird. Daß dem Kläger ein anderer Weg zur Verfügung stand, um diesen Anspruch durchzusetzen, beeinträchtigt die Interessen des Beklagten nicht, denn wenn der Kläger später diesen zweiten Weg beschreiten sollte, um den Anspruch noch einmal geltend zu machen, dann kann der Beklagte die rechtskräftige Entscheidung über den Anspruch einwenden.

Streitige Tatsachen, mit denen das Fehlen des Rechtsschutzbedürfnisses im Revisionsverfahren geltend gemacht werden soll, sind daher vom Revisionsgericht nicht zu berücksichtigen.

cc) Daß eine Partei, die im Prozeß als solche behandelt werden will, nicht parteifähig ist, ist nur denkbar, wenn Organisationen auftreten, die sich als ju-

ristische Personen betrachten oder als Gebilde, denen trotz fehlender Rechtsfähigkeit vom Gesetz die Parteifähigkeit zuerkannt wird (oHG, KG). Soweit natürliche Personen Parteien sein wollen, kann kein Zweifel an der Parteifähigkeit entstehen, da diese stets rechtsfähig und damit auch parteifähig sind (§§ 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 1 BGB).

Da einem nicht parteifähigen Gebilde stets die Rechtsfähigkeit fehlt (Umkehrschluß aus § 50), kann es nicht Träger eines eingeklagten Rechts oder Adressat einer geltend gemachten Verpflichtung sein. Ein Prozeß mit einer nicht parteifähigen "Partei" ist deshalb sinnlos, und ein Rechtsschutz für oder gegen sie nicht erforderlich und im Interesse des Gerichts und des Beklagten[1] zu versagen. Ob aber damit schon die Folgerung berechtigt ist, Tatsachenvortrag, der einen Mangel der Parteifähigkeit ergibt, müßte unbeschränkt im Revisionsverfahren zulässig sein, ist fraglich. Soweit es nur um die Erforderlichkeit des Rechtsschutzes geht, gilt entsprechendes wie bei dem Fehler des Rechtsschutzbedürfnisses. Es ist zu prüfen, ob die Folgen, die sich ergeben können, wenn das ursprüngliche Fehlen der Parteifähigkeit oder ihr nachträglicher Wegfall im Revisionsverfahren unberücksichtigt bleibt, es gebieten, abweichend von der zum Rechtsschutzbedürfnis vertretenen Lösung auch streitiges Neuvorbringen zuzulassen.

Dies könnte dann erforderlich sein, wenn ein für oder gegen einen Parteiunfähigen ergehendes Urteil gänzlich unwirksam wäre; dann wäre das Argument möglich, ein solches Urteil müsse um des Ansehens und der Autorität der Gerichte willen, hier insbesondere des BGH, unbedingt vermieden werden. Jedoch ist die Nichtigkeit des Urteils bei übersehener Parteiunfähigkeit

1) Vgl. Wieczorek, § 274, Anm. A

nicht anzunehmen.[1] Denn es besteht - im Unterschied zur nicht existierenden Partei - ein Gebilde, das jedenfalls im Streit um die Parteifähigkeit als parteifähig behandelt werden muß.[2]

Ein weiterer Gesichtspunkt für eine unbeschränkte Novenzulassung könnte sein, daß diese im Allgemeininteresse und zum Schutz der Parteien geboten sei, um unnötige Doppelprozesse zu vermeiden. Dabei ist zu unterscheiden, ob geltend gemacht wird, die Parteifähigkeit einer Partei habe bereits bei Klageerhebung gefehlt (1.), oder ob ihr Wegfall während des Prozesses behauptet wird (2.).

(1.) Im ersteren Fall kommt nur der Vortrag von Alttatsachen in Betracht. Die Präklusion dient hier dem Schutz der Parteien und der Herstellung des Rechtsfriedens.[3] Ursprüngliches Fehlen der Parteifähigkeit kann also - und zwar auch durch nichtbeweisbedürftige Tatsachen - nur geltend gemacht werden, wenn die Nichtberücksichtigung des Mangels einen zweiten Prozeß zur Folge haben könnte und damit eine im ersten Verfahren vom Gegner des Parteiunfähigen erstrittene Rechtsposition hinfällig würde, wenn also der siegreiche Kläger erneut klagen müßte oder der erfolgreiche Beklagte ein zweites Mal verklagt werden könnte.

War die klagende Organisation parteiunfähig, und ist sie sachlich abgewiesen worden, so gilt folgendes. Handelt es sich um ein öffentlich-rechtliches Gebilde, dann wird man dem dahinterstehenden Rechtsträger keine zweite Klage gestatten können, vielmehr muß er sich die Prozeßführung durch eines seiner Organe zurechnen lassen. Ebenso müssen sich die hinter einem privatrechtlichen Gebilde stehenden natürlichen Personen ein abweisendes Urteil entgegenhalten lassen. Hätte etwa

1) Baumbach-Lauterbach, § 50, Anm. 4, B; Rosenberg-Schwab, § 43, I, 3; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 50, Anm. VII, 2; Thomas-Putzo, § 50, Anm. 3, d; a. A. ohne Begründung Huber, ZZP 82 (1969), S. 249
2) Allgemeine Meinung; s. nur BGHZ 24, 91 (94); Baumbach-Lauterbach, aaO.; Blomeyer, § 7, III, 3
3) S. oben S. 177

eine BGB-Gesellschaft unter der Firma einer oHG geklagt und den Prozeß aus materiell-rechtlichen Gründen verloren, so könnten die Gesellschafter bei unveränderter Sachlage sicher nicht noch einmal wegen desselben Anspruchs Rechtsschutz begehren. Dem würde, wenn nicht schon der Einwand der rechtskräftigen Entscheidung, so doch jedenfalls das Fehlen eines Rechtsschutzbedürfnisses entgegenstehen.

Wird dagegen dem Parteiunfähigen der Anspruch zuerkannt, so wirkt dieses Urteil zugunsten des öffentliche-rechtlichen Rechtsträgers oder der natürlichen Personen, die im Namen der Organisation aufgetreten sind.[1] Dies muß auch für die Zwangsvollstreckung gelten. Zwar hat das LG Halle die Ansicht vertreten[2], die Parteifähigkeit müsse im Vollstreckungsverfahren von Amts wegen geprüft werden, und es hat die Vollstreckung aus einem Urteil für unzulässig erklärt, das ein nichtrechtsfähiger Verein erstritten hatte. Die Vollstreckung des Urteils wäre nach Auffassung des LG Halle die Fortsetzung eines gesetzwidrigen Verfahrens. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Ob ein Gebilde parteifähig ist, ist eine oft schwierige Rechtsfrage, deren Lösung nicht dem Gerichtsvollzieher zugemutet werden kann. Die Vollstreckung aus einem Urteil für einen Parteiunfähigen bereitet auch praktisch keine Schwierigkeiten, da der Gerichtsvollzieher den Vollstreckungserlös an den oder die im Urteil genannten Vertreter der klagenden Organisation auskehren kann. Rechtsbehelfe, mit denen der Verurteilte in der Zwangsvollstreckung geltend machen könnte, der Vollstreckungsgläubiger sei nicht parteifähig, sind nicht vorhanden. Die Art und Weise der Zwangsvollstreckung (§ 766) kann mit einem solchen Einwand nicht gerügt werden, eine Vollstreckungsgegenklage scheitert schon an § 767 Abs. 3, und auch eine Ein-

1) So für Personengesellschaften, Huber, ZZP 82 (1969, S. 249
2) DR 1939, S. 876. Zustimmend Blomeyer, § 7, III, 4

stellung der Zwangsvollstreckung nach § 775 kann der Schuldner nicht erreichen. Aus einem Urteil kann also auch für eine parteiunfähige Partei vollstreckt werden.[1]

Dasselbe gilt aber auch für Urteile gegen einen Parteiunfähigen. Auf die Möglichkeit einer Entscheidung gegen ein nichtrechtsfähiges öffentlich-rechtliches Gebilde brauchen wir dabei nicht einzugehen, da eine Zwangsvollstreckung gegen die öffentliche Hand praktisch nicht vorkommt. Es ist daher nur die Vollstreckung in das Vermögen einer nicht parteifähigen Gesellschaft[2] zu prüfen. Um in dieses Vermögen, das im Gesamthandseigentum der Gesellschafter steht, vollstrecken zu können, bedarf es an sich eines Titels gegen alle Gesellschafter (§ 736). Sind aber die Gesellschafter unter einer Firma als oHG oder KG aufgetreten, dann muß auch der Titel gegen diese nicht bestehende Gesellschaft genügen, um in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken zu können. Es wäre ein unannehmbares Ergebnis, wenn es zu einem zweiten Prozeß kommen müßte, nur damit in dasselbe Gesamthandsvermögen vollstreckt werden kann, das allein für einen Zugriff aus dem ersten Urteil in Frage kommt.

Es ist hiernach nicht erforderlich, den Vortrag von Alttatsachen zuzulassen, mit dem das anfängliche Fehlen der Parteifähigkeit bei einer der Parteien geltend gemacht werden soll, weil das Urteil auch für und gegen das parteiunfähige Gebilde wirkt und Grundlage der Zwangsvollstreckung sein kann.

(2.) Etwas anderes könnte gelten für den Fortfall der Parteifähigkeit im Prozeß, sei es vor oder nach der Berufungsentscheidung. Hier sind allerdings von vornherein nur die - verhältnismäßig seltenen - Fälle von Interesse, in denen eine Gesamtnachfolge in das Vermögen der bisherigen Partei ohne Liquidation stattfindet. Denn wenn nach Auflösung einer juristischen

1) Ebenso Nikisch, § 29, III, 3
2) Der nichtsrechtsfähige Verein ist passiv parteifähig (§ 50 Abs. 2)

Person, einer oHG etc. eine Liquidation stattfindet, dann wird die juristische Person oder die Gesellschaft im Abwicklungsstadium weiterhin als parteifähig behandelt[1]; die Auflösung mit nachfolgender Liquidation hat also auf die Rechtsstellung der bisherigen Partei im Prozeß keinen Einfluß.[2] Kommt es dagegen zu einer Gesamtnachfolge ohne Liquidation, wie z. B. in den Fällen der §§ 46, 88 BGB, 339 AktG, dann tritt ein Parteiwechsel ein. Würde hier der Fortfall der Parteifähigkeit nicht beachtet und der Rechtsnachfolger nicht als neue Partei in den Prozeß gezogen, dann bestünde die gleiche Situation wie bei einem nicht berücksichtigten Wechsel der Prozeßführungsbefugnis.[3] Der Rechtsnachfolger wäre nicht an das Prozeßergebnis gebunden, er könnte also als Nachfolger des Klägers bei Abweisung der Klage erneut klagen, als Nachfolge des Beklagten brauchte er eine Verurteilung nicht gegeben sich gelten zu lassen. Bei einem Erfolg der Klage könnte zwar eine vollstreckbare Ausfertigung für oder gegen den Rechtsnachfolger der parteiunfähig gewordenen Partei erteilt werden; jedoch hat der Nachfolger im Falle seiner Gutgläubigkeit im Sinne von § 325 Abs. 2 die Möglichkeit, gegen die Klauselerteilung gemäß §§ 732, 768 vorzugehen. Bei der Klagabweisung gibt es überhaupt keine Möglichkeit, den Beklagten vor einem zweiten Prozeß des Nachfolgers auf der Klägerseite zu schützen.

Diese Erwägungen lassen es geboten erscheinen, den Vortrag auch streitiger Tatsachen, und zwar von Alt- wie von Neutatsachen, zuzulassen, mit dem dargelegt wird, daß eine Partei ihre Parteifähigkeit verloren hat und keine Liquidation stattfindet, sondern eine Gesamtnachfolge eingetreten ist. Freilich wird in diesen Fällen der Verlust der Parteifähigkeit in aller Regel durch die volle Beweiskraft von Urkunden bewiesen werden

1) Vgl. für den Verein § 49 Abs. 2 BGB; s. ferner Blomeyer, § 7, III, 2; Rosenberg-Schwab, § 43, III, 2 b
2) Huber, ZZP 82 (1969), S. 224
3) S. oben S. 206 ff.

könnten (z. B. durch die Vorlage des beurkundeten Hauptversammlungsbeschlusses bei einer Verschmelzung von Aktiengesellschaften, §§ 339 ff. AktG). Immerhin sind aber beispielsweise Zweifel an dem Inhalt und der Wirksamkeit eines Vereinsauflösungsbeschlusses durch die Mitgliederversammlung (§ 41 BGB) denkbar; der schriftliche Auflösungsbeschluß beweist nicht unbedingt, daß eine wirksame Auflösung vorliegt.

Das Ergebnis ist danach, daß nur ein Wegfall der Parteifähigkeit im Prozeß, nicht aber ihr anfängliches Fehlen im Revisionsverfahren geltend gemacht werden kann. Auch der Verlust der Parteifähigkeit ist nur beachtlich, wenn er zu einer Gesamtnachfolge geführt hat; in diesem Fall sind auch beweisbedürftige Alt- und Neutatsachen zuzulassen.

dd) Im Gegensatz zu den drei vorstehend behandelten Prozeßvoraussetzungen ist in derjenigen der Prozeßfähigkeit keine Komponente enthalten, die einen nicht erforderlichen Rechtsschutz verhindern soll. Auch oder besser: gerade das Rechtsschutzgesuch des Prozeßunfähigen ist schutzwürdig, nur ist zu befürchten, daß ein nicht ordnungsgemäß vertretener Prozeßunfähiger seine Interessen nicht sachgerecht wahrnehmen kann.[1] Die Prozeßvoraussetzung dient daher wesentlich dem Schutz des Prozeßunfähigen.[2] Sie dient aber auch dem des Gegners an einem möglichst raschen, zweckdienlichen und zielstrebigen Verfahrensablauf.[3] Unter der Mitwirkung eines Prozeßunfähigen ist ein derartiges Verfahren nicht garantiert. Es besteht darüber hinaus die Gefahr, daß das Urteil auf unvollständiger und daher unrichtiger Grundlage gefällt wird, weil der Prozeßunfähige wegen seiner - generell vermuteten - Unfähigkeit zur umfassenden prozessualen Wahrnehmung

1) Vgl. BAGE 6, 76 (80)
2) Ebenso BAG aaO.; Peters, S. 84, Fußnote 35
3) Lukes, ZZP 69 (1956), S. 153. Gegen das Argument des BAG (aaO.), es werde auch der Schutz des Gegners vor einer drohenden Nichtigkeitsklage bezweckt, zutreffend Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 70

seiner Interessen u. U. seinen Beitrag zu einer vollständigen Darstellung des Sachverhalts nicht leisten kann.[1] Es ist daher bei der Prozeßführung durch einen Prozeßunfähigen die Gewähr nicht gegeben, daß die Entscheidung des Prozesses auf einer tragfähigen Grundlage aufbaut. Damit weist der Nichtigkeitsgrund, der in § 579 Abs. 1 Z. 4 in den Katalog solcher Mängel eingereiht ist, die die Mindesterfordernisse eines rechtsstaatlichen Verfahrens verletzen[2], Verwandtschaft zu den Restitutionsgründen des § 580 auf. Auch in den Fällen des § 580 ist die Urteilsgrundlage mangelhaft.[3] Zum Schutz der Partei, die durch den Restitutionsgrund benachteiligt würde, ist es erforderlich, daß derartige Mängel auch nach Rechtskraft des Urteils noch geltend gemacht werden können.

Das Gesetz hat nun den Mangel der Prozeßfähigkeit den Tatbeständen zugewiesen, auf die ein Anhangverfahren, das Wiederaufnahmeverfahren, gestützt werden kann. Man könnte daher meinen, es sei zu rechtfertigen, den Schutz der im ersten Prozeß von Anfang an prozeßunfähigen oder während des Verfahrens prozeßunfähig gewordenen Partei erst in dem nachgeschalteten Wiederaufnahmeverfahren zu verwirklichen[4], und zwar auch dann, wenn der Mangel der Prozeßfähigkeit bereits im Revisionsverfahren des ersten Prozesses bekannt geworden ist.

Demgegenüber ist aber zunächst zu bedenken, daß infolge der Prozeßunfähigkeit einer Partei Prozeßhandlungen unwirksam sein können, von denen die Durchführung des Revisionsverfahrens abhängt, wie z. B. die Erklärung eines Rechtsmittelverzichts oder die Bevollmächtigung des Revisionsanwalts durch die Partei. Wenn die Unwirksamkeit derartiger Prozeßhandlungen behauptet wird, dann muß das Revisionsgericht dem nachgehen[5], die Prozeßfähigkeit der Partei klären und dazu auch streitige

1) Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 72
2) Henckel, Prozeßrecht, S. 98
3) Stein-Jonas-Grunsky, § 580, Anm. I; Thomas-Putzo, vor § 578, Anm. 1
4) S. dazu oben S. 177 ff.
5) Ebenso Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 218 (Bevollmächtigung) und S. 251 (Rechtsmittelverzicht)

Tatsachen berücksichtigen. Auf Grund dieser Überlegung ist es geboten, die Behauptung, eine Partei sei bereits zu Beginn des Prozesses prozeßunfähig gewesen, im Revisionsverfahren stets zu berücksichtigen. Denn wenn die Behauptung zutrifft, dann ist in jedem Fall die Vollmacht für den Revisionsanwalt nicht wirksam erteilt worden. Entweder hat die prozeßunfähige Partei die Vollmacht selbst gegeben, oder der Prozeßbevollmächtigte zweiter Instanz hat den Revisionsanwalt bestellt. Im letzteren Fall ist die Vollmacht unwirksam, weil die Bevollmächtigung des vorinstanzlichen Anwalts selbst nicht rechtsgültig war, da sie wiederum entweder durch die prozeßunfähige Partei selbst oder durch den erstinstanzlichen Anwalt erfolgte, der seinerseits durch den Prozeßunfähigen nicht wirksam zum Prozeßbevollmächtigten bestellt werden konnte.

Weiterhin erscheint es aber auch erforderlich, den nachträglich eingetretenen Mangel der Prozeßfähigkeit bereits im Revisionsverfahren zu beachten. Dies einmal insoweit, als eine für die Durchführung des Revisionsverfahrens wesentliche Prozeßhandlung von der prozeßunfähig gewordenen Partei vorgenommen wurde (z. B. ein Rechtsmittelverzicht). Zum andern ist die Rechtsprechung der Ansicht, daß auf das Fehlen der Prozeßfähigkeit dann kein Wiederaufnahmeverfahren gestützt werden kann, wenn die Partei erst während des Prozesses prozeßunfähig geworden ist.[1] Dies wird damit begründet, daß "eine etwa erst im Laufe des Revisionsverfahrens eingetretene Prozeßunfähigkeit ... auf die Wirksamkeit der rechtsgültig erteilten Vollmacht und des weiteren Prozeßverfahrens keinen Einfluß gehabt (§§ 246, 86)" hätte.[2] Die nachträglich prozeßunfähig gewordene Partei kann danach nicht auf ein Anhangverfahren verwiesen werden, weil damit gerechnet werden muß, daß die Rechtsprechung in einem derartigen Fall ein solches Verfahren nicht zuließe.

---

1) Vgl. RGZ 118, 122 (124 f.); RGZ 120, 170 (173); zustimmend Stein-Jonas-Grunsky, § 579, Anm. II, 4 Fußnote 3
2) RGZ 118, 124

ee) Die Zulässigkeit des Rechtswegs zu den ordentlichen Gerichten hängt nach § 13 GVG davon ab, ob eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit vorliegt. Ob dies der Fall ist, muß nach dem eingeklagten Streitgegenstand beurteilt werden und damit nach der materiell-rechtlichen Charakterisierung des geltend gemachten Rechts.[1] Ob es genügt, daß die für den ordentlichen Rechtsweg erforderliche materiell-rechtliche Qualifizierung schlüssig vom Kläger vorgetragen wird[2], oder ob es auch auf den Vortrag des Beklagten ankommt[3], kann hier dahinstehen; denn wir gehen von der Anhängigkeit des Verfahrens in der Revisionsinstanz aus, so daß eine umfassende Erörterung des Streitgegenstands in zwei Tatsacheninstanzen und dessen Fixierung im Tatbestand des Berufungsurteils bereits vorausgegangen ist. Jedenfalls können neue Tatsachen, mit denen behauptet wird, der ordentliche Rechtsweg sei nicht oder nicht mehr für den geltend gemachten Anspruch gegeben, nur materiell-rechtliche Tatsachen sein, mit denen die Natur des streitigen Rechtsverhältnisses verändert würde. Ob und inwieweit solche Tatsachen im Revisionsverfahren zu berücksichtigen sind, haben wir bereits geprüft.[4] Besonderheiten der Prozeßvoraussetzung "Zulässigkeit des Rechtswegs" spielen wegen deren uneingeschränkter Abhängigkeit vom Streitgegenstand hier keine Rolle; daher braucht auf den rechtspolitischen Zweck der Prozeßvoraussetzung[5] nicht eingegangen zu werden.

Die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs kann danach in der Revisionsinstanz - sofern nicht neue streitgegenstandsändernde, also materiell-rechtliche Tatsachen zulässig sind - nur entfallen, wenn Streitgegenstände der anhängigen Art generell durch ein neues Gesetz in einen anderen Rechtsweg verwiesen werden und diese Regelung schon auf bereits in der

1) Grunsky, Grundlagen, S. 294 ff.; Rosenberg-Schwab, § 16, II, 5
2) So RGZ 167, 312 (315); BGHZ 29, 187 (189)
3) S. dazu Blomeyer, § 4, I, 3 a, Fußnote 6; Grunsky, aaO.; Rosenberg-Schwab, § 16, II, 6
4) Oben S. 183 ff.
5) Dazu Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 54 ff.

Revisionsinstanz schwebende Verfahren angewendet werden soll.

Darüber hinaus kann natürlich das Revisionsgericht auch zu der Rechtsauffassung kommen, daß die vom Berufungsgericht vorgenommene Qualifizierung der Sache als bürgerlich-rechtlich unrichtig war und deshalb die Klage unzulässig ist, jedoch hat dies mit neuem Tatsachenvortrag nichts zu tun.

ff) Eine rechtskräftige Entscheidung über den anhängigen Streitgegenstand, die bereits bei Klageerhebung vorlag oder danach ergangen ist, kann schon nach unseren bisherigen Ergebnissen stets noch im Revisionsverfahren in den Prozeß eingeführt werden, weil die Urteilsausfertigung eine öffentliche Urkunde im Sinne von § 417 darstellt, die vollen Beweis für ihren Inhalt begründet; die Existenz eines Urteils kann also, wenn sie bestritten werden sollte, durch dessen Vorlage bewiesen werden. Da das Auffinden eines Urteils einen Restitutionsgrund gemäß § 580 Z. 7 a darstellt, kommt eine Präklusion von Alttatsachen (hinsichtlich Entscheidungen, die schon vor Abschluß der Berufungsinstanz ergangen sind) nicht in Betracht.

Keine Sonderbehandlung erfordert auch der Einwand anderweitiger Rechtshängigkeit im Revisionsverfahren. Er hat dann überhaupt keine Bedeutung, wenn vorgetragen wird, nach Beginn des Verfahrens sei ein zweiter Prozeß mit demselben Streitgegenstand anhängig geworden. Dann kann in dem späteren Verfahren die Einrede der Rechtshängigkeit erhoben werden. Auf den anhängigen Prozeß ist dagegen die spätere anderweitige Rechtshängigkeit ohne Einfluß. Ihr Eintritt ist im ersten Verfahren nicht zu beachten, und nur wenn im zweiten Prozeß die bestehende Rechtshängigkeit unbeachtet bleibt und ein rechtskräftiges Urteil ergeht, ist dies im ersten Prozeß zu berücksichtigen.[1]

1) Blomeyer, § 49, IV

Die Behauptung, bereits bei Klageerhebung sei der Streitgegenstand anderweitig anhängig gewesen (Alttatsache), ist im Revisionsverfahren gleichfalls nicht zu beachten. Es ist schon höchst unwahrscheinlich, daß ein früherer Prozeß noch nicht beendet ist, während ein späterer bereits in der Revisionsinstanz schwebt. Sollte dies aber doch einmal vorkommen und die Parallelität erst im Revisionsverfahren entdeckt werden, dann kann die spätere Rechtshängigkeit im ersten Prozeß nicht beachtet werden.[1] Sie braucht es aber auch im zweiten nicht, weil die Gefahr widersprechender Entscheidungen nicht besteht. Denn sobald in einem der Verfahren ein rechtskräftiges Urteil ergeht, kann dieses in das andere eingeführt werden.[2] Der Rechtsfrieden wird voraussichtlich schneller hergestellt, wenn das Revisionsgericht in der Sache entscheidet und dann das in einer unteren Instanz anhängige Parallelverfahren durch die Einrede der rechtskräftigen Entscheidung beendet wird, als wenn das Revisionsgericht die früher eingetretene anderweitige Rechtshängigkeit beachtet und daraufhin der andere Prozeß u. U. bis in die Revisionsinstanz getrieben wird.

gg) Wenn das angegangene Gericht überhaupt einmal sachlich und örtlich zuständig war, dann kann seine Zuständigkeit auch durch nachträgliche Veränderungen nicht mehr entfallen (§ 263 Abs. 2 Z. 2).

Neuer Vortrag zur fehlenden Zuständigkeit im Revisionsverfahren kann also nur insoweit erheblich sein, als damit die Rüge begründet werden soll, das LG sei von Anfang an nicht zuständig gewesen. Steht die landgerichtliche Zuständigkeit fest, so ist an der des im Instanzenzuge vorgeordneten OLG als Berufungsgericht nicht zu zweifeln. Daß das LG seine sachliche Zuständigkeit zu Unrecht angenommen habe, kann aber nach

---

1) S. soeben S. 220
2) S. S. 220

Beendigung der ersten Instanz nicht mehr geltend gemacht werden (§ 10). Dies gilt selbst dann, wenn das AG sachlich ausschließlich zuständig gewesen sein sollte.[1]

Bei der örtlichen Zuständigkeit ist zu unterscheiden: In vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist die örtliche Zuständigkeit der unteren Instanz niemals angreifbar (§§ 512 a, 549 Abs. 2). Es bleiben also nur Fälle übrig, in denen im Revisionsverfahren eines nichtvermögensrechtlichen Prozesses geltend gemacht wird, das LG sei örtlich nicht zuständig gewesen; das ist namentlich in Ehescheidungs- und Statussachen denkbar. Um festzustellen, ob ein solcher Vortrag unbeschränkt berücksichtigt werden muß, ist auf die Funktion der örtlichen Zuständigkeit zurückzugehen. In nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten kommt praktisch nur der allgemeine Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten oder der Gerichtsstand am Aufenthaltsort in Betracht. Daß eine Person grundsätzlich nur an ihrem Wohnort verklagt werden kann, dient ihrem Schutz; wer möglicherweise zu Unrecht mit einem Prozeß überzogen wird, soll sich dort verteidigen können, wo es für ihn am bequemsten möglich ist.[2] Die §§ 12, 13 sind deshalb nicht reine Zweckmäßigkeitserwägungen[3], sondern prozessuale Schutzgesetze zugunsten des Beklagten.[4] Darüber hinaus sollen die Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit aber auch die Richtigkeit der Entscheidung sichern helfen.[5] Wenn die Verteidigung des Beklagten dadurch erschwert wird, daß er seine Interessen bei einem auswärtigen Gericht wahrnehmen muß, dann ist eine sachgerechte Rechtsausübung weniger gewährleistet als bei einem Prozeß am Gericht seines Wohnsitzes, wo es für ihn einfacher ist, seine Darstellung der Sachlage ausführlich zu vertreten. In

1) Thomas-Putzo, § 10, Anm. 1 a
2) Rimmelspacher, Amtsprüfung, S. 59 ff.
3) So aber Rosenberg-Schwab, § 30, V
4) Vollkommer, NJW 1973, S. 1592; ebenso LG Nürnberg-Fürth, NJW 1973, S. 1619
5) Rimmelspacher, aaO.

einem Großteil der nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten, nämlich in den Ehe-, Kindschafts- und Entmündigungssachen, besteht ein besonderes öffentliches Interesse an einer der wahren Rechtslage möglichst gerecht werdenden und von Parteidispositionen unbeeinflußten Entscheidung. Dies dürfte ein wesentlicher Grund dafür sein, weshalb die Parteien über die Zuständigkeit in nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten nicht verfügen können (§ 40 Abs. 2).

Stünde nur der Schutz des Beklagten in Frage, ohne daß ein Einfluß auf die Richtigkeit der Entscheidung durch die Verhandlung vor den unzuständigen Gerichten zu befürchten wäre, dann wäre eine erweiterte Novenberücksichtigung nicht gerechtfertigt. Dann müßte nämlich festgestellt werden, daß der Beklagte den Prozeß bereits durch zwei Tatsacheninstanzen geführt hat; da er am Revisionsverfahren nicht persönlich teilzunehmen braucht und eine Verteidigung seiner Rechtsposition nicht mehr in Betracht kommt, weil die Urteilsgrundlagen regelmäßig mit Abschluß der Berufungsinstanz feststehen, wäre dann sein Schutz nicht mehr erforderlich. Die Prozeßvoraussetzung könnte ihren Zweck nicht mehr erfüllen, so daß neues Vorbringen zum Fehlen der Zuständigkeit unerheblich wäre.

Unter dem Gesichtspunkt der Richtigkeitsgarantie aber wird man im Revisionsverfahren unbeschränkt neue Tatsachen (Alttatsachen) zulassen müssen, mit denen vorgetragen wird, das LG sei in einem nichtvermögensrechtlichen Prozeß örtlich nicht zuständig gewesen. Andernfalls nähme man es in Kauf, daß die Tatsachengrundlage des Urteils unzutreffend ist, weil der Beklagte in den Tatsacheninstanzen wegen der Verhandlung vor auswärtigen Gerichten sich nicht ausreichend verteidigt hat. Ein solcher Mangel wäre auch in einem zweiten Verfahren nicht zu korrigieren, weil ein weiteres Verfahren, etwa eine Wiederaufnahmeklage, dafür nicht zur Verfügung steht. Der Schutz des bislang

siegreichen Klägers muß demgegenüber zurücktreten, und auch der Gedanke einer schnellen Herstellung des Rechtsfriedens kann dort nicht die Zulassung von Alttatsachen rechtfertigen, wo eine wesentliche Garantie für ein zutreffendes Verfahrensergebnis nicht vorhanden war, zumal in solchen Prozessen, an deren richtiger Entscheidung ein besonderes Allgemeininteresse besteht.

Die vorstehend genannten Gesichtspunkte gelten erst recht für das Fehlen der internationalen Zuständigkeit. Für einen Beklagten beispielsweise, der im Inland weder Wohnsitz noch Aufenthaltsort und damit keinen Gerichtsstand hat, ist die Rechtsverteidigung vor einem inländischen Gericht mit noch erheblich größeren Schwierigkeiten verbunden als für einen Inländer, gegen den am falschen Ort prozessiert wird; zu bedenken ist dabei, daß ein Ausländer bei einem Inlandsprozeß - abgesehen von möglichen Verständigungsschwierigkeiten und dem Problem, einen geeigneten Anwalt zu finden - in der Regel zusätzlich mit einer ihm fremden Rechtsordnung konfrontiert wird. Die Gefahr, daß das Urteil auf unvollständiger oder unzutreffender Grundlage aufbaut, weil für den ausländischen Beklagten die Wahrnehmung seiner Rechte vor einem deutschen Gericht erschwert ist, kann nur dann in Kauf genommen werden, wenn aus den besonderen Gründen des deutschen internationalen Zivilprozeßrechts (vgl. etwa § 606 b) trotz der Auslandsbeziehungen des Rechtsstreits eine Zuständigkeit der deutschen Gerichte besteht. Werden aber im Revisionsverfahren Umstände vorgebracht, aus denen erhellt, daß diese besonderen Gründe von Prozeßbeginn an nicht vorgelegen haben, dann gebietet es der Schutz des Beklagten, vor allem aber der Gesichtspunkt der Richtigkeitsgarantie, solche Tatsachen auch zu berücksichtigen, wenn sie streitig sind.

4. Ergebnisse

Die von Rechtsprechung und Literatur fast einstimmig befürwortete uneingeschränkte Zulassung von neuem Vorbringen zum Vorliegen oder Nichtvorliegen der von Amts wegen zu prüfenden Prozeßvoraussetzungen erweist sich nach den vorstehenden Ausführungen als nicht gerechtfertigt.

a) Zunächst einmal besteht insoweit kein stärkeres Bedürfnis nach Novenzulassung als im materiell-rechtlichen Bereich, als gegenüber einem Berufungsurteil geltend gemacht werden soll, eine vom Berufungsgericht verneinte Prozeßvoraussetzung habe von Anfang an vorgelegen, oder ihre Voraussetzungen seien später eingetreten. Diesbezügliche neue Tatsachen können also nur dann zugelassen werden, wenn sie nach der letzten Berufungsverhandlung entstanden und entweder nicht beweisbedürftig sind oder durch präsente Urkunden bewiesen werden können. Früher entstandene Tatsachen können unter denselben Voraussetzungen dann vorgetragen werden, wenn es sich um Wiederaufnahmegründe handelt.

Die Amtsprüfung kommt in diesem Bereich zum Zuge, und zwar immer dann, wenn das Gericht auf Grund konkreter Anhaltspunkte entgegen dem unstreitigen Sachverhalt am Vorhandensein der Prozeßvoraussetzungen zweifelt. Soweit solche Zweifel nicht durch Urkundenbeweis oder zusätzlichen nichtbeweisbedürftigen Vortrag ausgeräumt werden können, darf das Gericht die neuen Tatsachen nicht berücksichtigen, weil sie dann beweisbedürftig sind, obwohl der Gegner sie nicht bestritten hat.

b) Ein besonderes Interesse kann nur daran anerkannt werden, daß das Fehlen oder der Wegfall einer Prozeßvoraussetzung noch im Revisionsverfahren beachtet wird. Aber auch in dieser Hinsicht ist es nur ausnahmsweise erforderlich, das Novenverbot weiter einzuschränken, als wir dies bei materiell-rechtlich erheblichen Um-

ständen schon generell für zulässig gehalten haben. Diese Ausnahmen betreffen die Prozeßführungsbefugnis und die Prozeßfähigkeit (anfängliches Fehlen oder späterer Wegfall), die Parteifähigkeit (Wegfall durch Gesamtrechtsnachfolge) und die örtliche und internationale Zuständigkeit (anfängliches Fehlen in nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten); in solchen Ausnahmefällen sind auch Alttatsachen zulässig.

Soweit in diesem Umfang auch streitige Tatsachen zu berücksichtigen sind, muß das Revisionsgericht über sie Beweis erheben[1] und muß sich dabei an das Beweisverfahren der ZPO halten; Freibeweis ist unzulässig.

Soweit im übrigen unstreitige Tatsachen zum Fehlen oder Wegfall einer Prozeßvoraussetzung neu vorgetragen werden, sind sie nach unseren allgemeinen Grundsätzen[2] immer zu verwerten, wenn es sich um Neutatsachen handelt. Es greifen dann nicht die Grundsätze der Amtsprüfung ein, d. h. es kommt nicht darauf an, ob das Gericht bereits durch das Vorbringen davon überzeugt wird, daß die Prozeßvoraussetzung fehlt; denn wenn sie in Wahrheit doch vorhanden ist und das Gericht hiervon Kenntnis hat, so ist es doch nicht seine Aufgabe, dem Kläger bei der Durchsetzung seines Rechts zu Hilfe zu kommen.

IV. Gesamtergebnis der Untersuchung

Es ergibt sich folgende Lösung des Problems, inwieweit neue Tatsachen zu den im Zeitpunkt der letzten Berufungsverhandlung maßgebenden Urteilserlaßvoraussetzungen im Revisionsverfahren noch vorgebracht werden können und dann zu berücksichtigen sind:

Alle diesbezüglichen Tatsachen können dann vorgebracht und müssen[3] vom Revisionsgericht berücksichtigt werden,

1) Dazu, daß eine Zurückverweisung lediglich zur Beweiserhebung unzulässig ist, s. oben S. 118 f.
2) S. oben S. 185 ff.
3) S. dazu oben S. 185 f.

wenn sie nach der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz entstanden sind (Neutatsachen) oder wenn sie die Wiederaufnahme des Verfahrens rechtfertigen würden (Alt- und Neutatsachen), sofern sie außerdem nichtbeweisbedürftig sind oder durch die formelle Beweiskraft präsenter Urkunden bewiesen werden können.

Tatsachen, mit denen dargetan werden soll, daß eine von Amts wegen zu prüfende Prozeßvoraussetzung vorliegt (nicht: fehlt), sind nur dann nichtbeweisbedürftig, wenn sie unstreitig sind und das Gericht darüber hinaus keine Zweifel am Vorhandensein der fraglichen Prozeßvoraussetzung hat.

Beweisbedürftige Tatsachen, und zwar Alt- wie Neutatsachen, sind nur dann zulässig, wenn mit ihnen die Behauptung belegt werden soll, die Prozeßführungsbefugnis oder die Prozeßfähigkeit einer Partei hätten von Anfang an gefehlt oder seien nachträglich entfallen, ihre Parteifähigkeit sei während des Prozesses fortgefallen, oder die örtliche oder internationale Zuständigkeit in nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten habe nicht vorgelegen. Werden derartige Umstände streitig vorgetragen, dann muß das Gericht im ordentlichen Beweisverfahren Beweis erheben.

V. Die Rechtsprechungsergebnisse im Vergleich zu den Ergebnissen der Untersuchung

1. Die Rechtsprechung zu materiell-rechtlich erheblichen Noven

Daß praktisch[1] sämtliche oben[2] aufgeführten Entscheidungen zu materiell-rechtlich erheblichen neuen Tatsachen im Ergebnis dann richtig sind, wenn die Meinung zutrifft, nichtbeweisbedürftige Noven seien im Revisionsverfahren zu berücksichtigen, haben wir bereits früher[3] festgestellt. Nachdem sich inzwischen bestätigt hat, daß jene Meinung grundsätzlich - d. h. abgesehen von der Einbeziehung von Alttatsachen, die keine Wiederaufnahmegründe ergeben - eine angemessene Lösung des Novenproblems gewährleistet, sind die Rechtsprechungsergebnisse trotz der nicht überzeugenden Begründungen gerechtfertigt.

Da in allen diesen Fällen das neue Vorbringen offenbar unstreitig oder offenkundig war, braucht zur Begründung der bisher ergangenen Entscheidungen die von uns für vertretbar gehaltene Möglichkeit, neue Tatsachen auch dann zuzulassen, wenn sie durch die formelle Beweiskraft von Urkunden bewiesen werden können, nicht herangezogen zu werden.

2. Die Rechtsprechung zu den von Amts wegen zu prüfenden Zulässigkeitsvoraussetzungen

In Bezug auf die Zulässigkeitsvoraussetzungen hat sich zwar die Ansicht der Rechtsprechung, es seien alle neu vorgetragenen Umstände im Revisionsverfahren zu berücksichtigen, als zu weitgehend herausgestellt. Jedoch sind die Entscheidungen, in denen neue Tatsachen zugelassen wurden, auch nach unserer Lösung rich-

---

1) Eine einzige Ausnahme gilt für die Entscheidung RGZ 148, 400 (S. dazu oben S. 33 f.), wo eine Alttatsache berücksichtigt wurde
2) S. 27 ff.
3) Oben S. 65

tig. Denn zum einen handelt es sich durchweg entweder um unstreitige Tatsachen (wie Genehmigung einer Prozeßführung, Verzicht auf die Geltendmachung einer Forderung) oder um solche Umstände, die - wenn sie nicht unstreitig gewesen sein sollten, was aus den Urteilen meist nicht hervorgeht - mit Urkunden bewiesen werden konnten (vormundschaftsgerichtliche Genehmigung; gesetzliche Vertretung einer AG, einer Stiftung odereines Vereins; Eröffnung bzw. Beendigung von Konkurs, Nachlaßkonkurs, Nachlaßverwaltung oder Testamentsvollstreckung; behördliche Bescheinigungen; Urkunden über Staatsangehörigkeit oder Wohnsitz; Vorrechtsanmeldung im Konkurs).

Zum anderen bestand das neue Vorbringen überwiegend aus Neutatsachen. Soweit es sich aber um Alttatsachen handelte, waren dies entweder solche, die die Wiederaufnahme des Verfahrens gerechtfertigt hätten (Tatsachen zum Fehlen der Prozeßfähigkeit oder der ordnungsgemäßen gesetzlichen Vertretung) oder solche, deren Berücksichtigung im Revisionsverfahren wir aus sonstigen Gründen für zulässig erkannt haben (Wegfall der Prozeßführungsbefugnis infolge Konkurseröffnung, anfängliches Fehlen der örtlichen Zuständigkeit in einem Scheidungsprozeß).

In einer Entscheidung[1] hat der BGH allerdings auch eine Alttatsache berücksichtigt, die sich auf das Fehlen des Feststellungsinteresses bezog (Konkursanmeldung eines anderen Vorrechts als des im Prozeß beanspruchten) und daher nach unseren Ergebnissen nicht im Revisionsverfahren vorgebracht werden durfte; jedoch ist die Entscheidung auch dann noch zu halten, wenn dieser Umstand unbeachtet bleibt, weil die zusätzlich in die Revisionsinstanz eingeführte nachträgliche Anmeldung des tatsächlich beanspruchten Vorrechts als unstreitige Neutatsache auf jeden Fall zu berücksichtigen war, so daß sich im Ergebnis an der

1) BGH LM Nr. 2, 3 zu § 61 KO

Zulässigkeit der Klage und damit an der Unbegründetheit der Revision nichts ändert.

Lediglich die zwei Revisionsentscheidungen[1], die sich für die Zulassung konkreter Alttatsachen zur Zulässigkeit der Berufung ausgesprochen haben, können auch im Ergebnis nicht gebilligt werden. Wie wir oben[2] ausgeführt haben, besteht kein unabweisbares Bedürfnis der Parteien daran, zu speziellen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Berufungsinstanz noch Tatsachen im Revisionsverfahren nachzuschieben. Dies ist tatsächlich aber auch nur in einem der beiden genannten Fälle in entscheidungsrelevanter Weise geschehen. Dort[3] hatte die Beklagte erst in der Revisionsinstanz die ihr erteilte Ausfertigung des erstinstanzlichen Urteils vorgelegt, woraus sich ergab, daß die Berufung verspätet eingelegt und damit unzulässig war. Diese Umstände hätte die Beklagte bereits in der Berufungsinstanz vortragen können; es besteht kein Bedürfnis, in solchen Fällen das Novenverbot über unsere allgemeinen Grundsätze hinaus einzuschränken, vielmehr muß die Partei sich ihr Versäumnis zurechnen lassen. In der anderen Entscheidung[4] hielt der BGH das stattgebende Berufungsurteil über einen Wiedereinsetzungsantrag wegen Versäumung der Berufungsfrist für unzutreffend; die angefochtene Entscheidung war also ohnehin aufzuheben, und das vom BGH berücksichtigte neue Vorbringen hätte in jedem Fall nach Zurückverweisung in den Prozeß eingeführt werden können, so daß auch von unserer Auffassung aus dieses Vorbringen nicht endgültig präkludiert worden wäre (ganz abgesehen davon, daß es im konkreten Fall am Ergebnis der Entscheidung gar nichts änderte).

---

1) RG JW 1904, S. 212 Nr. 29; BGH MDR 1951, S. 732; S. dazu oben S. 86
2) S. 160 f.
3) In der Entscheidung RG JW 1904, S. 212 Nr. 29
4) BGH MDR 1951, S. 732

3. Die Rechtsprechung zu den Wiederaufnahmegründen

Wie wir bereits festgestellt haben[1], lagen den Entscheidungen, in denen Wiederaufnahmegründe im Revisionsverfahren beachtet wurden, keine neuen Tatsachen zu den Urteilserlaßvoraussetzungen zugrunde, sondern neues Vorbringen zu den Feststellungen der Vorinstanzen über bereits vorgetragene Tatsachen. Die Rechtsprechungsergebnisse in diesem Bereich können daher nicht unmittelbar an unserer Lösung zu den Einschränkungsmöglichkeiten des § 561 Abs. 1 gemessen werden. Immerhin wird man aber diese Lösung dann auch für den Anwendungsbereich des § 561 Abs. 2 heranziehen können, wenn der Angriff gegen bereits getroffene Feststellungen mit neuen Tatsachen geführt werden soll; deren Berücksichtigung kann nicht in weiterem Umfang zugelassen werden als bei Tatsachen zu den Urteilserlaßvoraussetzungen, weil sonst die oben[2] geschilderten Gefahren drohen. Andererseits bestehen aber auch keine Bedenken dagegen, in diesem Rahmen Tatsachen zu berücksichtigen, die die Beweiswürdigung im Berufungsurteil erschüttern können.

Neue Tatsachen spielen bei den Restitutionsgründen, die gegen die vorinstanzliche Beweiswürdigung vorgebracht werden, häufig eine Rolle: In den Fällen des § 580 Z. 1-3 beispielsweise muß nicht nur dargelegt werden, daß ein Beweismittel untauglich war und daß deshalb die getroffenen Feststellungen angreifbar sind, sondern darüber hinaus auch, daß ein Prozeßbeteiligter wegen einer Verfälschung der Urteilsgrundlagen rechtskräftig verurteilt worden ist (§ 581). Die Tatsache der Verurteilung ist - sollte sie bestritten werden - durch Vorlage des Urteils beweisbar und kann daher nach unseren Ergebnissen zu § 561 Abs. 1 stets in das Revisionsverfahren eingeführt werden. Hiernach besteht nicht die vom BGH beschworene Gefahr,

1) Oben S. 101
2) S. 167 ff.

daß das Revisionsurteil sich mit dem Inhalt eines anderen rechtskräftigen Erkenntnisses in Widerspruch setzen könnte.[1]

Ob auf Grund von Tatsachen, die die Grundlagen der vorinstanzlichen Beweiswürdigung in Frage stellen, das Revisionsgericht eine eigene Beweiswürdigung an die Stelle derjenigen des Berufungsgerichts setzen kann, oder ob es die Sache zurückverweisen muß, soll hier nicht geprüft werden. Eine Zurückverweisung dürfte nur dann entbehrlich sein, wenn für das Revisionsgericht feststeht - und das wird verhältnismäßig selten der Fall sein -, daß der beweispflichtigen Partei kein weiteres Beweismittel zur Verfügung steht, das an die Stelle des in seinem Beweiswert durch den Restitutionsgrund erschütterten treten könnte.

Ob und in welchem Umfang Restitutionsgründe zugelassen werden müssen, die sich nicht als neue Tatsachen, sondern als neue Beweismittel, insbesondere neue Urkunden (§ 580 Z. 7 b), zu bereits festgestellten Tatsachen darstellen, bleibt hier gleichfalls offen.

---

1) S. dazu oben S. 103, 106 f.

LITERATURVERZEICHNIS

Alsberg, Max	Mit welchen Hauptzielen wird die Reform des Strafverfahrens in Aussicht zu nehmen sein? Verhandlungen des 35. Deutschen Juristentages, 1. Band: Gutachten, S. 440 ff.
Arens, Peter	Die Befugnis des Revisionsgerichts im Zivilprozeß zur Entscheidung in der Sache selbst, AcP 161 (1962), S. 177 ff.
Baumbach - Duden	Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen ohne Seerecht, 19. Auflage 1971
Baumbach - Lauterbach	Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 31. Auflage 1973, mit bearbeitet von Jan Albers und Peter Hartmann
Baumgärtel, Gottfried	Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, 1957
-	Ist eine weitere Einschränkung des Rechts zu neuem Vorbringen in der Berufungsinstanz vertretbar? Festschrift für Rudolf Reinhardt, 1972, S. 37 ff.
v. Bar	Das deutsche Civilprozeßrecht mit Rücksicht auf die Justizgesetze des deutschen Reichs, 1880
Baring, Martin	Empfiehlt es sich, die Revisions- (Rechtsbeschwerde) zu den oberen Bundesgerichten (außer in Strafsachen) einzuschränken und ihre Zulässigkeit in den einzelnen Gerichtsbarkeiten einheitlich zu regeln? Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentags, 1962, Band I: Gutachten, 3. Teil, Heft A
Baur, Fritz	Anmerkung zu der Entscheidung BGH JZ 1954, S. 325
-	Die dritte Instanz im künftigen Zivilprozeß, ZZP 71 (1958), S. 161 ff.

Benkard, Georg	Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz mit den ergänzenden Vorschriften, 6. Auflage 1973, bearbeitet von Hans Bock, Werner Ballhaus, Karl Bruchhausen und Rüdiger Rogge
Bettermann, Karl August	Die Revision wegen wesentlicher Verfahrensmängel, insbesondere nach dem BVerwGG, NJW 1954, S. 1305 ff.
-	Das erfolglose Vorverfahren als Prozeßvoraussetzung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, DVBl 1959, S. 308 ff.
Blomeyer, Arwed	Zivilprozeßrecht (Erkenntnisverfahren), 1963
Böhle - Stamschräder, Alois	Konkursordnung, 10. Auflage, 1971
Bötticher, Eduard	Rechtsnachfolge in die Prozeßführungsbefugnis? Ein Grenzgang im Gebiet der §§ 265, 239 ff. ZPO, Festschrift für Rudolf Laun, 1948, S. 295 ff.
Bucher, Ewald	Aufgaben der obersten Zivilgerichte in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, NJW 1963, S. 929
Bülow, Oskar	Die Lehre von den Proceßeinreden und die Proceßvoraussetzungen, 1868
-	Die neue Prozeßrechtswissenschaft und das System des Civilproceßrechts, ZZP 27 (1900), S. 201 ff.
v. Bülow	Glossen zur Civilproceßordnung für das Deutsche Reich, GruchBeitr. 22 (1878), S. 809 ff.
Bruns, Rudolf	Zur Systematik der gesetzlichen Beweisarten im Zivilprozeß, JZ 1957, S. 489 ff.
-	Zivilprozeßrecht, 1968
Busse, Rudolf	Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, 3. Auflage, 1964
Bussman - Pietzcker - Kleine	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 3. Auflage 1962

Costede, Jürgen	Scheinprozesse, ZZP 82 (1969), S. 438 ff.
Duske, Klaus	Die Aufgaben der Revision, Diss. Marburg, 1960
Engisch, Karl	Die Einheit der Rechtsordnung, 1935
-	Einführung in das juristische Denken, 5. Auflage 1972
Esser, Josef	Not und Gefahren des Revisionsrechts, JZ 1962, S. 513 ff.
Fischer, Robert	Anmerkung zu der Entscheidung BGH LM Nr. 6 zu § 161 HGB
Förster - Kann	Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 3. Auflage, 1913-1926
Gaul, Hans Friedhelm	Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe, 1956
-	Die Wiedereröffnung der Verhandlung gemäß § 156 ZPO und das Restitutionsrecht. Zugleich ein Beitrag zur Geltendmachung von Restitutionsgründen im anhängigen Verfahren, FamRZ 1960, S. 320 f.
Gerhardt, Walter	Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen (Zivilprozeßrecht), 1971
Gilles, Peter	Rechtsmittel im Zivilprozeß, 1972
Goldschmidt, James	Der Prozeß als Rechtslage, 1925
Grunsky, Wolfgang	Die Veräußerung der streitbefangenen Sache, 1968
-	Grundlagen des Verfahrensrechts, 1970
Habscheid, Walter J.	Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1956
Hahn - Stegemann	Die gesammten Materialien zur Civilproceßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30. Januar 1877, 2. Auflage 1881

Heck, Philipp	Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932
Hanack, Walter	Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit, 1961
Hellwig, Konrad	System des Deutschen Zivilprozeßrechts, Band I, 1917
Henckel, Wolfram	Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, 1961
-	Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen, Göttinger Rektoratsrede 1966
-	Prozeßrecht und materielles Recht, 1970
Henke, Horst - Eberhard	Die Tatfrage. Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität, 1965
Hesse, Hans Gerd	Die Beweislast im Patentverletzungsprozeß, GRUR 1972, S. 675 ff.
Huber, Ulrich	Die Parteifähigkeit der Personalgesellschaften und ihr Wegfall während des Prozesses, ZZP 82 (1969), S. 224 ff.
Isay, Hermann	Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, 6. Auflage 1932
Jaeger, Ernst	Konkursordnung mit Einführungsgesetzen, 8. Auflage 1958 - 1973, bearbeitet von Friedrich Lent, Friedrich Weber, Ulrich Klug und Günther Jahr
Jagusch, Heinrich	Die Revision in Strafsachen - ausreichende Rechtsgarantie? NJW 1971, S. 2009
Kisch, Wilhelm	Handbuch des deutschen Patentrechts, 1923
-	Zum Nachprüfungsrecht des Revisionsgerichtes, JR 1926, S. 454 f.
Klauer - Möhring	Patentrechtskommentar, 3. Auflage 1971
Kommissionsbericht	Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, herausgegeben vom Bundesjustizministerium, 1961

Krauße, Heinrich	Das Patentgesetz, 1. Auflage 1931
Kuchinke, Kurt	Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, 1964
Larenz, Karl	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Auflage 1969
Lent, Friedrich	Tatsächliche Grundlagen der Revisionsprüfung, NJW 1956, S. 818
Lent - Jauernig	Zivilprozeßrecht. Ein Studienbuch, 16. Auflage 1972
Lindenmaier, Fritz	Das Patentgesetz, 1973, 6. Auflage des von H. Krauße begründeten Kommentars, bearbeitet von Ulrich Weiß, Gerhard Zeunert und Hellmut Röhl
Lippmann	Die Einrede der Rechtshängigkeit nach der neuen Civilproceßordnung, AcP 65 (1882), S. 358 ff.
Lukes, Rudolf	Der beschränkt Geschäftsfähige als Prozeßvertreter, ZZP 69 (1956), S. 141 ff.
Mattern, Friedrich	Neues Vorbringen in der Revisionsinstanz, JZ 1963, S. 649 ff.
Meiss, Wilhelm	Die Berücksichtigung von Gesetzesänderungen in der Revisionsinstanz, ZZP 65 (1952), S. 114 ff.
v. Mettenheim, Christoph	Der Grundsatz der Prozeßökonomie im Zivilprozeß, 1970
Möhring, Philipp	Das Verfahren in Patent- und Gebrauchsmusterstreitsachen vor dem Revisionsgericht, Mitteilungen der deutschen Patentanwälte, 1959, S. 241 ff.
Nikisch, Arthur	Zivilprozeßrecht, 2. Auflage 1952
Otto, Hansjörg	Die Präklusion, 1970
Paulus, Gotthard	Die Beschränkungen der Revisionszulässigkeit, ZZP 71 (1958), S. 188 ff.

Pawlowski, Hans-Martin Aufgabe des Zivilprozesses, ZZP 80 (1967), S. 345 ff.

Peters, Egbert Der sog. Freibeweis im Zivilprozeß, 1962

Planck, Julius Wilhelm Lehrbuch des Deutschen Civilproceß-rechts, 1896

Pohle, Rudolf Empfiehlt es sich, die Revision (Rechtsbeschwerde) zu den oberen Bundesgerichten (außer in Strafsachen) einzuschränken und ihre Zulässigkeit in den einzelnen Gerichtsbarkeiten einheitlich zu regeln? Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentags, 1962, Band I: Gutachten, 3. Teil, Heft B

Reimer, Eduard Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, 2. Auflage 1958, bearbeitet von Rudolf Neumar

Reinhardt, Rudolf Anmerkung zu der Entscheidung BGH JZ 1956, S. 249

Reuß, Herrmann Zur Neuordnung des Revisionsrechts, insbesondere im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, DÖV 1959, S. 10 ff.

Rietschel, Georg Die Berücksichtigung neuer Tatsachen bei Gesetzesänderungen während der Revisionsinstanz, ZZP 66 (1953), S. 299 ff.

Rimmelspacher, Bruno Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß, 1966

- Zur Systematik der Revisionsgründe im Zivilprozeß, ZZP 84 (1971), S. 41 ff.

Rosenberg, Leo Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Auflage 1926, 9. Auflage 1961, 10. Auflage 1969, bearbeitet von Karl-Heinz Schwab

Sauer, Wilhelm Allgemeine Prozeßrechtslehre, 1951

Schönke - Schröder - Niese Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Auflage 1956

Sarstedt, Werner Die Revision in Strafsachen, 4. Auflage 1962

Schumann, Ekkehard	Anmerkung zu der Entscheidung BAG AP § 554 a ZPO Nr. 8
-	Anmerkung zu der Entscheidung BAG AP § 133 f. GewO Nr. 20
Schwerdtner, Peter	Das patentrechtliche Nichtigkeitsurteil und seine zivilprozessualen und zivilrechtlichen Auswirkungen, GRUR 1968, S. 9 ff.
Schwinge, Erich	Grundlagen des Revisionsrechts, 1. Auflage 1935, 2. Auflage 1960
Senft, Bernhard	Neues Vorbringen in der Berufungsinstanz, Diss. Würzburg 1968
Seuffert - Walsmann	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 11. Auflage 1911, 12. Auflage 1933
Stein - Jonas	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, begründet von Ludwig Gaupp, fortgeführt von Friedrich Stein, Martin Jonas, Adolf Schönke und Rudolf Pohle. 8. und 9. Auflage 1906, 12. und 13. Auflage 1926, 19. Auflage seit 1953, seit 1967 fortgeführt von Wolfgang Grunsky, Dieter Leipold, Wolfgang Münzberg, Peter Schlosser und Ekkehard Schumann
v. Sternenfels	Gutachten über die fünf Vorschläge des Ober-Tribunalraths Dr. Waldeck, Verhandlungen des 2. Deutschen Juristentages, 1861, Band 1: Gutachten, S. 3 ff.
Sydow - Busch	Civilproceßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, 9. Auflage 1901, 22. Auflage 1941
Thomas - Putzo	Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, 6. Auflage, 1972
Vollkommer, Max	Gerichtsstandsbegründungen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen und Formularverträge, NJW 1973, S. 1591 f.
Wach, Adolf	Vorträge über die Reichs-Civilproceßordnung, 1879

Waldeck	Über einige Vorfragen, betreffend die einheitliche Civil-Proceß-Gesetzgebung, Verhandlungen des 1. Deutschen Juristentags, 1860, S. 9 ff.
v. Weber, Hellmuth	Die Prüfung von Amts wegen, ZZP 57 (1933), S. 91
Wetzell, Georg Wilhelm	System des ordentlichen Civilprocesses, 3. Auflage, 1878
Wieczorek, Bernhard	Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, auf Grund der Rechtsprechung kommentiert, 1957/58
Wieser, Eberhard	Das Rechtsschutzinteresse des Klägers im Zivilprozeß, 1971
-	Zulässigkeit und Begründetheit der Klage, ZZP 84 (1971), S. 304 ff.
Zeiß, Walter	Zivilprozeßrecht, 1971
Zöller, Richard	Kommentar zur Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 10. Auflage 1968, bearbeitet von Max Degenhart, Walter Karch, Franz Scherübl und Dieter Stephan

LEBENSLAUF

Am 5. August 1945 wurde ich als Sohn des Hotelkaufmanns Hans - Bernhard Schmid und seiner Ehefrau Hedwig Schmid geb. Pieper in Goslar geboren. Ich besuchte von 1952 bis 1956 die Volksschule und anschließend das Ratsgymnasium in Goslar, wo ich am 17. Februar 1965 das Abitur ablegte.

Danach studierte ich vom Sommersemester 1965 bis zum Wintersemester 1969/70 Rechtswissenschaft in Göttingen, Berlin und wieder Göttingen, Am 21. Januar 1971 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Celle die erste juristische Staatsprüfung.

Seit dem 1. April 1971 bin ich Referendar. Vom 1. Januar 1972 bis zum 31. Oktober 1973 hatte ich Sonderurlaub, den ich dazu benutzte, die vorliegende Dissertation anzufertigen. Während eines Teils dieser Zeit war ich Assistent bei Herrn Prof. Dr. Henckel, dem ich die Anregung zu der vorliegenden Arbeit verdanke. Am 1. November 1973 habe ich meinen Referendardienst wieder aufgenommen.